التوضيح

لمن رام المجموع بنظر صحيح

الجزء التاسع

جميع الحقوق محفوظة
للناشر

الطبعة الأولى
١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

رقم الإيداع : ٢١١٩٢ /٢٠١٣

الترقيم الدولى : 977-978

الناشر
مركز ابن العطار للتراث
ت ٢٤٠٥٢٦٠٠

من نوادر التراث الإسلامي

التوضيح

لمن رام المجموع بنظر صحيح

للعلامة الشيخ

عبد الحافظ بن علي الصعيدي المالكي الأزهري

المتوفى سنة ١٣٠٣ هـ

تحقيق وتعليق ودراسة

الشيخ درويش فرج العطار

من علماء الأزهر الشريف

الجزء التاسع

الناشر

مركز ابن العطار للتراث

ت / ٢٤٠٥٢٦٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

[باب في الإجارة وكراء الدواب والحمام والدور والأرض وما يتعلق بذلك]

لما أنهى «المص» رحمه الله الكلام على البيوع وما يتعلق بها وما يلحق بها انتقل يتكلم على الإجارة وما يتعلق بها لما بين البيع والإجارة من المناسبة الظاهرة؛ لأنه بيع الذوات وهي بيع المنافع، والإجارة هي أول الربع الرابع من هذا الكتاب، فقال رضي الله عنه ونفعنا ببركاته:

● ص:

باب.

● ش:

في الإجارة وكراء الدواب والحمام والدور والأرض وما يتعلق بذلك.

وهي مثلثة الهمزة والكسر أشهر من الفتح والضم.

قال «خ»: وقد غلب وضع الفعالة بالكسر للصنائع نحو الخياطة والنجارة والفعالة بالفتح لأخلاق النفوس الجميلة نحو السماحة والفصاحة والفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة. اهـ.

وأجر من باب ضرب وكتب والثانية لغة القرآن قال تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص:٢٧]. ويقال: أجر إيجارا كأكرم إكراما وأنكر بعضهم المد ويستعمل الممدود أيضًا من باب المفاعلة فيكون مصدره المؤاجرة والإجار بالكسر كالقتال وأما الإجارة من السقي ونحوه فمن أجار إجارة كأعاذ إعاذة وأقام إقامة. قاله «حش».

والإجارة والكراء شيء واحد في المعنى وهو تمليك منافع مباحة مدة معلومة

بعوض غير أنهم سموا العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب فيهما.

والأصل في مشروعية الإجارة قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، وقوله ﷺ: «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره»(١).

وقوله ﷺ في الصحيحين: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع رجلا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجر»(٢).

قال «حش»: واعلم أن الإجارة قد يقضى بها شرعا و إن لم يحصل عقد وذلك في الأعمال التي يفعلها الشخص لغيره ومثله يأخذ عليها أجرا وهي كثيرة جدا ذكر منها الحطاب: تخليص دين له وبعض فروع يأتي ذكر بعضها وذلك أن من قواعد الفقه أن العرف كالشرط وأن العادة محكمة. اهـ.

وأركان الإجارة أربعة:

الأول: العاقد من مؤجر ومستأجر كالبيع كما يفيده التشبيه الآتي بالبيع فشرط صحة عقدهما التمييز والطوع وشرط لزومه التكليف والرشد.

فالصبي المميز إذا أجر نفسه أو سلعة صح عقده وتوقف على رضى وليه ومثله العبد وأما السفيه إذا عقد على نفسه فلا كلام لوليه إلا إذا كان في الأجر محاباة فلوليه النظر و إن عقد على سلعة فلوليه النظر مطلقًا كالبيع.

فالرشد شروط لزوم في الجملة ولا تصح من مجنون ومعتوه ومكره وصبي لم يميز.

الثاني: الأجر ويشترط فيه أن يكون طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما ذاتا وأجلا أو حلولا كالبيع كما يفيده أيضًا التشبيه بالبيع.

الثالث: المنفعة وهي المعقود عليها كالركوب والسكنى ويشترط فيها ما يشترط

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥٠٢٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٢٧).

في البيع وزيادة كما يأتي.

الرابع: الصيغة والمراد بها ما يدل على تمليك المنفعة بعوض ويشمل ذلك المعاطاة.

وإلى هذه الأركان الأربعة وشروطها أشار بقوله:

● ص:

الإجارة كالبيع.

● ش:

يعني: أن الإجارة كالبيع في الأركان والشروط فالعاقد في الإجارة كالعاقد في البيع فيشترط في صحة عقده التمييز ولزومه التكليف فإذا أجر الصبي نفسه فلوليه الكلام في الرد والإجارة وكذا سيد العبد وفي عملها قبل الإطلاع الأكثر من أجرة المثل والمسمى وإن أصابهما شيء من العمل فالأرش أو الدية وقيمة العبد إن هلكا ولهما الأجرة إلى يوم أصابهما ذلك ولا شيء فيما أصابهما من غير العمل هذا ما في الصبي والعبد.

وأما السفيه إذا أجر نفسه فلا كلام لوليه؛ لأن الحجر عليه في المال إلا أن يحابي في إجارة نفسه فلوليه الكلام وأما إذا أجر سلعة فلوليه الكلام مطلقًا كما مر.

والصيغة في الإجارة كالصيغة في البيع فتنعقد بالمعاطاة كالبيع والأجر هذا كالثمن في البيع فما يشترط في الثمن يشترط في الأجر فيشترط في الأجر أن يكون طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما والشرط يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود إذ قد يتخلف بمنافع أخر فلا يرد كراء الأرض بما يخرج منها فإنه ممنوع لمانع يخصه وهو نهيه ﷺ عن المخابرة مع صحة بيعها بما يخرج منها وجعله كالطعام ثمنا لها وبحث في التشبيه بالبيع الذي يفيد شرط علم الأجر بما لابن القاسم في العتبية في الخياط لا يكاد يخالف مستخيطه وهو مخالط لمؤجر يخيطه الثوب فإذا فرغ أرضاه فإنه جائز مع كون الأجر غير معلوم.

وأجاب في التوضيح بندورها على أن ابن حبيب يخالف فيها وقد ذكر الحطاب أن المنع في هذه المسألة ونحوها غلو في الدين كما يفعل في دخوله الحمام وحلق

الرأس والقرآن يخير بلا مشارطة.

ويدل للجواز ما وقع منه ﷺ من حجامته ولم يشارط الحجام ثم أعطاه وربما الحق بذلك حمير الكراء بمصر بجامع القلة والمسامحة فكأن ذلك رخص مستثناة.

ومما يفيده التشبيه في «المص» صحة الإجارة على حفظ زرع مثلا ويكون له على كل فقير مد نص عليه ابن أبي زيد؛ لأنه كشراء صبرة كل صاع بكذا.

وعن الأبهري المنع وأما إذا قال لآخر: بع سلعتي بمائة وما زاد على المائة فهو بيني وبينك. فلا يجوز وله كراء المثل.

وأما سمسرة الدلال على ثوب وله في كل أوقية من الثمن درهم فهو من قبيل حفظ الزرع بصاع من كل فقير وقد سبق الخلاف في ذلك، أفاده «حش».

ومما يفيده التشبيه أنه لا يصح عقد الإجارة وقت نداء الجمعة كالبيع وأنه لا يجوز تفريق الأم من ولدها ولا تلقي السلع ولا غير ذلك مما مر في البيع.

ولما كانت قاعدة ابن القاسم: أن الثمن في البيع الأصل فيه الحلول وأن الأجرة في الإجارة على التأجيل إلا في مسائل فيجب فيها تعجيل الأجرة ذكرها «المص» بقوله:

● ص:

ووجب شرط تعجيل الأجر المعين أو عرفه ثم عجل.

● ش:

يعني: أن الأجر إذا كان معينا كهذا الثوب أو هذه الشاة أو الدابة يجب فيه واحد من أمرين: إما شرط التعجيل أو جريان العرف بالتعجيل، فإن لم يشترط التعجيل ولم يجر العرف بالتعجيل بأن كان العرف بالتأخير أو لا عرف لهم بتعجيل ولا تأخير فسدت الإجارة لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه.

وأما التعليل بلزوم بيع الدين بالدين كالمسلم فلا يصح هنا؛ لأن المعينات لا تقتلها الذمم وظاهر كلامه أنه إذا انتفى شرط التعجيل وعرفه تفسد الإجارة ولو عجل الأجر بالفعل بعد العقد وهو كذلك كما نص عليه «دص».

ثم إنه إذا اشترط التعجيل أو جري به العرف وإن لم يشترط تصح الإجارة لكن

يجب التعجيل بالفعل، فإن لم يعجل فسدت لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه؛ ولذا قال «المص»: (ثم عجل) أي: ثم إذا اشترط التعجيل أو جري به العرف عجل الأجر بالفعل وجوبا وإلا كان من بيع معين يتأخر قبضه ومعين التعجيل أن لا يؤخر أكثر من ثلاثة أيام كما في «دك».

وقوله: (ووجب شرط... إلخ) أي: سواء كانت المنافع معينة أو مضمونة ومحل كلامه إذا كان العقد وقع على البت لما سبق في الخيار من أن شرط النقد يفسده فعلي هذا هو بالخيار فاسد البتة للشرط أو لعدمه.

ولا يخفى أن كلام «المص» مسطر منطوقا ومفهوما شامل الثمان صور؛ لأن الإجراء المعين إما أن يقع في مقابلة منافع معينة أو مضمونة، وفي كل إما أن يحصل منه شروع فيها أم لا، وفي كل إما أن يشترط التعجيل أو يكون العرف ذلك، وإما أن لا يكون كذلك فهذه ثمان صور، أربع منها فاسدة وهي: ما إذا انتفي عرف التعجيل ولم يشترط كانت المنافع معينة أو مضمونة شرع فيها أو لا، وأربع صحيحة وهي: ما إذا كان العرف التعجيل وعجل أو اشترط تعجيله في الأربعة المتقدمة، وكل هذا إذا وقع عقد الإجارة على البت كما تقدم فإن وقع على الخيار فسدت في الثمان صور.

ثم شبه في التعجيل قوله:

● ص:

كاليسير إن تأخر مضمون المنافع وإن جاء إبانها عجل الجميع أو شرع.

● ش:

المراد باليسير الدينار والديناران كما في النقل ولا فرق في كفاية تعجيل اليسير بين كراء الحج وغيره فالحج في الأصل فرض مثال أو مضمون مضاف لمنافع من إضافة الصفة للموصوف أي: المنافع المضمونة والمراد بالمنافع المضمونة ما كانت في ذمة المؤجر كاستأجرتك على فعل كذا في ذمتك إن شئت عملته بنفسك أو بغيرك أو على أن تحملني على دوابك لبلد كذا.

وقوله: (عجل الجميع) أي: حقيقة أو حكما كتأخيره ثلاثة أيام؛ لأنه كرأس مال السلم.

وقوله: (أو شرع) أي: حقيقة أو حكما كتأخير الشروع يوما فقط فيفتقر تأخير الشروع يوما، كما في «حش» عن الحطاب.

والمعنى: أنه إذا تأخر زمن المنافع المضمونة كعقد الكراء مع الجمالين لسفر الحج أو غيره قبل إبان السفر فإنه يكفي تعجيل اليسير من الأجر للضرورة؛ لأنه لو وجب تعجيل جميع الأجر في السفر البعيد كالحج ونحوه لضاعت أموال الناس عليهم بسبب هروب الحمالين بالأجر ثم بعد تجيل اليسير إذا جاء إبان المنافع عجل جميع الأجر أو شرع في العمل لئلا يلزم الدين بالدين؛ لأن ذمته مشغولة بك بالدابة وذمتك مشغولة له بالدراهم وإنما كفي الشروع في العمل وإن لم يحصل قبض لانتقاء الدين بالدين حينئذ بناء على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر؛ لأنه لما شرع في السير فكأنه استوفى جميع المنفعة والقول قول المكري إذا طلب التعجيل في المضمونة وطلب المكتري الشروع وعدم التعجيل كما في «خ».

ومفهوم قوله: (إن تأخر مضمون المنافع) أنها إن لم تتأخر بأن وقعت الإجارة ابتداء في إلا بأن فلابد من تعجيل جميع الأجرة أو الشروع في العمل وإلا فسدت الإجارة.

ومفهوم: (مضمون المنافع) أن المنافع لو كانت معينة لجاز التعجيل والتأخير على ما سيأتي.

وكلام «المص» هنا فيما إذا كان الأجر غير معين بل موصوفا كدينار أو دراهم موصوف أو ثوب موصوف وأما الأجر المعين فقد سبق.

والحاصل: أن الأجر إذا كان معينا فقد تقدم بصوره الثمانية، وأما إن كان غير معين فإن شرط تعجيله أو جرى به عرف وجب تعجيله مطلقًا كانت المنافع معينة أو مضمونة، شرع فيها أم لا، فإن لم يشترط التعجيل ولم يجر به عرف فإن كانت المنافع معينة جاز تعجيله وتأخيره وإن كانت مضمونة فإن وقع العقد في الإبان كالحج فالواجب أحد الأمرين: إما تعجيل جميع الأجر، وإما الشروع في العمل، وإن كان في غير الإبان كفى تعجيل اليسير، فإذا جاء الإبان وجب تعجيل الجميع أو الشروع في السفر.

ثم عطف على المشبه السابق مشبها أحد في التعجيل فقال:

• ص:

وكإن شرط التعجيل أو اعتيد.

• ش:

يعني: أنه يجب تعجيل الأجر الغير المعين أشرط التعجيل أو أعتيد كاكرني دارك ستة مثلا لأسكنها أو أرضك لا زرعها أو دابتك لا سافر عليها لمكة مثلا بكذا كعشرة دنانير أو ثوب أو عبد موصوف في الذمة ووجوب التعجيل في هاتين المسألتين وإنما شرط التعجيل أو اعتياده لحق المخلوق فيقضي به عند التنازع فإن تراضيا على تأخيره جاز والعقد صحيح وأما فيما سبق فالتعجيل حق لله تعالى فلا يجوز فيه القراض على التأخير.

وقوله: (كإن شرط أو اعتيد) شامل الصور أربع؛ لأن المنافع فيه إما معينة أو مضمونة، وفي كل إما أن يحصل شروع في العمل أو لا، كما قدمنا ذلك في الحاصل السابق قريبا والموضوع هنا أن الأجر غير معين كما أشرنا له وإلا فقد سبق ويكفي في حق الله تعالى الشروع في العمل كما فيما قبله بلصقه بناء على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر.

• ص:

وفي غير ذلك مياومة.

• ش:

قوله: (وفي غير ذلك) يدخل فيه المنافع المعينة ويجوز فيها التقديم إذا شرع في العمل أو تأخر الشروع نحو عشرة أيام فإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة؛ لأنه سل حال وبيع معين يتأخر قبضه أفاده «حش».

واسم الإشارة عائد على جميع ما سبق وهو ما إذا كان الأجر معينا... إلخ.

يعني: أن غير ما سبق لا يجب فيه تعجيل الأجر وإذا لم يجب تعجيله فيدفع مياومة أي: كلما استوفى منفعة يوم أي: قطعة من الزمن أو تمكن من استيفائها دفع أجرة ذلك وهذا عند المشاحة وأما عند التراخي فيجوز التعجيل وهذا أيضًا في غير

الصانع والأجير وأما هما فليس لهما أجرة إلا بعد تمام العمل ففي المدونة وإذا أراد الصانع والأجير تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب الشيء حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم يكن لهم سنة لم يقض شيء إلا بعد الفراغ وأما في إلا كرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع السلع ونحوه فبقدر ما مضي وليس لخياط خاطئ نصف القميص أخذ نصف أجرته إذا لم يأخذ على ذلك بل حتى يتمه. اهـ.

والفرق بين الأجير والصانع أن بائع صنعة يده إن كان لا يجوز ما فيه عمله كالبناء والنجار فهو أجير وإن كان يجوزه فإن كان لم يخرج فيه شيئا من عنده كالخياط والحداد والصائغ فصانع وإن كان يخرج فيه شيئا من عنده كالصباغ فبائع صانع. قاله «دك».

وبعبارة: إذا لم يكن الأجر معينا ولم يشترط تعجيله ولم يجر به عرف ولم تكن المنافع مضمونة لم يجب تعجيل الأجر ويدفع مياومة أي: كلما تمكن من زمن دفع أجرته والمراد باليوم القطعة من الزمن الصادقة بالأكثر والأقل.

● **ص:**

وجازت مع بيع.

● **ش:**

يعني: أن الإجارة تجوز مع البيع صفقة واحدة لعدم تنافيها سواء كانت الإجارة في نفس المبيع كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن يخبطه البائع أو جلدا على أن يحرزه أو قمحا على أن يطحنه أو في غيره كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوبا آخر ويشترط في الصورة الأولى شروعه أو ضرب أجل الإجارة ومعرفة خروجه عين عاملة أو لا أو إمكان إعادته كالنحاس على أن يصنعه قدما كما تقدم في السلم فإن انتفي الأمران وها معرفة الخروج وامكان الإعادة كالزيتون على أن يعصره فلا يجوز، وأما إن كانت الإجارة في غير نفس المبيع فيجوز من غير شرط.

وبعبارة: يجوز اجتماع الإجارة مع البيع فإن كانت في غير المبيع جازت بلا شرط وإن كانت في المبيع اشترط الشروع على ما سبق في السلم من جواز التأخير ثلاثة أيام وإن يكون عنده نحاس في شراء نحاس يصنع قدحا مثلا ليعيده إن لم

يعجب... إلخ. ما سبق هناك.

● **ص:**

لا جعل.

● **ش:**

عطف على (بيع) أي: وجازت الإجارة مع بيع لا مع جعل فلا يجوز صفقة واحدة كاجرني دابتك وأتني بعبدي الأبق بكذا وإذا وقفت معه فهي فاسدة لتنافر أحكامها لما في الجعل من عدم لزومه بالفقد وجواز الفرز وعدم الأجل، بخلاف الإجارة وكذا لا يصح اجتماع البيع مع الجعل في صفقة واحدة.

● **ص:**

ولا طحن بالنخالة أو ذبح بجزء أو سلخ بجلد.

● **ش:**

يعني: أنه لا يجوز أن يستأجره على طحن الحنطة بنخالتها للجهل بقدرها وبصفتها فهي كالجزاء إن غير المرئ وأما لو استأجره بكيل معلوم منها على أن يطحن له قذرا من الحب فيجوز.

وكذا لا يجوز أن يستأجره على ذبح الشاة مثلا أو على الذبح مع السلخ بجزء من لحمها أو بالرأس أو بالأكارع؛ لأنه لا يدري هل تصبح زكاتها أم لا.

وكذا لا يجوز الاستئجار على السلخ بالجلد سواء كانت الشاة حية أو مذبوحة للجهل؛ لأنه لا يستحقه إلا بعد فراغ السلخ وقد يتقطع قبل الفراغ وقد يسلم واستثني من ذلك جلد الهر والسبع؛ لأن السلاح يحتاط للجلد ويمكن من ذلك لكراهة اللحم وأما الإجارة على السلخ وحده بالرأس والأكارع بعد الذبح فيجوز كما في «حش» وجوز بعضهم السلخ بالجلد كما في «دص».

وبعبارة: يجوز بيع جلود نحو السباع على ظهورها، بخلاف بيع جلود الغنم على ظهورها على المذهب فيجوز جعل جلد السباع أجرة للسلاخ، بخلاف الغنم ونحوها، والفرق أن الغنم يؤكل لحمها فلا يحتاط في حفظ الجلد، بخلاف السباع فإنه يكره أكلها فيحتاط في حفظ الجلد.

● ص:

أو كجزء ثوب لنساج.

● ش:

أدخل بالكاف جزء جلد لدباغ؛ أي: وكذا لا يجوز أن يؤاجر نساجا على ثوب ينسجه بجزء من ذلك الثوب كنصفه أو ربعه ومثل ذلك الجلود يؤاجره على دبغها بجزء منها لجهل صفة خروجه فإن وقع فالثوب أو الجلد لرب وللناسج أو الدباغ أجره مثله وإن طلع على ذلك قبل العمل فسخ ولا شيء له.

قال مالك في المدونة: وإن أجرته على دبغ جلود أو عملها أو نسج ثوب على أن له نصفها إذا فرغ لم يجز. قال ابن القاسم: لأنه لا يدري كيف تخرج، ولأن مالكا قال: ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يستأجر به. أصبغ: فإن نزل ذلك فله أجر عمله والثوب والجلود لربها. اهـ.

وإذا فاتت الجلود بيد الصانع بعد الدبغ بما يفوت به البيع الفاسد فإنه يملك النصف الذي جعل له بقيمته فيدفعها للمستأجر؛ لأن البيع فيه فاسد وقد فات فيغرم قيمته مدبوغا وله أجره دبغه وأما النصف الآخر فهو ملك لربه وعليه أجرة دبغه أيضًا، هذا كله إذا جعل له النصف مثلا بعد الدبغ أما لو جعل له النصف قبل الدبغ على أن يدبغها مجتمعة فإنه لا يجوز أيضًا للتحجير في نصف الدابغ فإن فاتها بالدباغ فله نصفها بقيمته يوم قبضها وله أجر عمله في نصفها وإلى هذا أشار بقوله:

● ص:

أو على أن يصنعه مجتمعا.

● ش:

أي: أنه إذا جعل له الجزء قبل الصنعة ثوبا أو قبل الدبغ ولكن دخل معه على أن يصنعه مجتمعا مع بعضه فإنه لا يجوز للتحجر وله أحد مثله.

وبعبارة: إذا دفع له غزلا أو جلد لينسجه أو يدبغه له بجز منه قبل النسج أو الدبغ ولكن اشترط عليه أن ينسجه أو يدبغه مجتمعا فإنه لا يجوز وإذا فاته بالنسج أو الدبغ فيكون عليه قيمة الجزء الذي هو أجره يوم القبض؛ لأن البيع فاسد وقد

فات وأما الجزء أرض فهو لربه وعليه أجر عمله فيه.

قال «خ»: واحترز المؤلف بجز الثوب من جز الغزل فإنه يجوز ومعنى ذلك أن يقول له لك من العزل كذا تفعل فيه ما شئت في نظير نسجك وأما لو جعل له الآن على أن ينسجها مجتمعة ويقطع بعد ذلك ما يخصه فإنه لا يجوز.

• ص:

أو رضيع لظئر.

• ش:

عطف على (ثوب) أي: وكذا لا يجوز جعل جزء رضيع لظئر في نظير الإرضاع لحيوان ناطق أو صامت ولو جعل لها الجزء من الآن لشدة الغرر فقد يتغير اللبن أو الرضيع.

وبعبارة: تكون الإجارة فاسدة إذا استأجر ظئرًا على إرضاع صغير بجزء منه ولو قبض ذلك الجزء من الآن الرضيع قد يتغير وقد يتعذر رضاعه لموته أو غيره ولا يلزم ربه خلفه فيصير نقد الأجرة فيه كالنقد بشرط في الأمور المحتملة وهو ممتنع سواء كان المنقود مثليا أو مقوما كما هنا، أما الأول فللتردد بين السلفية والثمنية، وأما الثاني فللغرر إذ لا يدري ما الذي يأخذه.

• ص:

أو جزء ما سقط أو خرج في نفض الزيتون وعصره.

• ش:

قوله: (في نفض الزيتون) راجع لما سقط.

وقوله: (وعصره) لما خرج فهو لف ونشر مرتب.

يعني: أنها لا تجوز الإجارة بجزء مما سقط في نفض الزيتون ولا تجوز بجزء مما خرج من الزيت في عصر الزيتون فلا يجوز أن يقول له انفض زيتون فما سقط فلك نصفه أو ربعه ونحو ذلك للجهل بقدر ما يسقط فهو جهل فجاء لكم؛ لأن من الشجر ما هو فاصح يقل ما يسقط منه ومنه، بخلاف ذلك.

وكذا لا تجوز الإجارة إذا قال له: أعصر زيتوني وما عصرت فلك نصفه مثلا

للجهل بصفة الخارج فهو جهل بالكيف وبالكم أيضًا، وأما إذا قال له: القط زيتوني بيدك وما لقطت فلك نصفه مثلا فإنه جائز لعدم الغرر؛ لأن سقط في الأرض مشاهد له.

وكذا تجوز الإجارة إذا قال: انفض زيتوني كله ولك نصفه مثلا لعدم الغرر أيضًا؛ لأن الزيتون مشاهد على رءوس الشجر.

وإلى هاتين المسألتين أشار «الش» بقوله، بخلاف اللقط ونفض الجميع أي: فيجوز ذلك.

● ص:

أو ادرس زرعي ولك نصفه.

● ش:

يعني: أنها لا تجوز الإجارة إذا قال له: ادرس زرعي ولك نصفه للجهل بالحب سواء أضاف للدرس حصدا بأن قال: احصده وادرسه ولك نصفه، أو لا بأن قال: أو ادرسه فقط، وأما الحصد وحده بنصف القت فجائز.

والحاصل: أنه إذا قال له: ادرس زرعي ولك نصفه أو احصده وادرسه ولك نصفه فإنه لا يجوز؛ لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج ولأنك لو بعته زرعا جزاء فاقد يبس على أن عليك حصده ودرسه لم يجز؛ لأنه اشترى حبا جزافا لم يعاين جملته، وأما إذا قال له: احصد زرعي وما حصدت فلك نصفه أو ربعه فيجوز ومتى قلنا بعدم الجواز فهي إجارة فاسدة وللأجير أجرة مثله.

قال «خ»: قال سحنون: ولو قال: احصده كله وادرسه نصفه ولك نصفه فهلك بعد حصاده فضمانه كله من ربه وللآخر أجرة مثله لفساد الإجارة.

● ص:

وحرم كراء أرض الزراعة بالطعام.

● ش:

يعني: أن الأرض الصالحة للزراعة يحرم كرادها بالطعام سواء أنبتته كالقمح أو

لم تنبته كاللبن والعسل والسمن؛ لأنه يؤدي إلى بيع الطعام بالطعام إلى أجل مع التفاضل ومع الغرر والمزابنة.

وأما بيع أرض الزراعة بالطعام فجائز كما يجوز كراؤها بالطعام إن أريد بناؤها مثلا كما في «بن»، لا إذا أريد زرعها كما قال «الش»، أي: لا يحرم كراؤها بالطعام إن أريد بناؤها لا زرعها.

قال «خ»: وأما أرض غير الزراعة كالدور والحوانيت فإنه يجوز كراؤها بالطعام إجماعا ولا بأس بكراء أرض الزراعة بالماء ولو ماء زمزم ولا يجوز كراؤها بشجر فيه ثمر ويجوز بيع الأرض بالطعام وهو مفهوم قوله: (كراء). اهـ.

تنبيه:

نقل الحطاب عن المشذالي جواز كراء المعصرة بالزيت وجواز كراء الملاحة بالملح وبحث فيه بأن خروج الملح من الملاحة أقرب من خروج نبات الأرض منها وقد منعوا كراء أرض المعدن بنقد وما هنا مثله فإن الملح ربوي.

وقد يجاب بأن المراد بالملاحة آلة إخراجه أو إصلاحه أو محل خزنة بدليل قرنه بالمعصرة وحور.

- **ص:**

أو ما تنبته.

- **ش:**

عطف على الطعام؛ أي: وكذا يحرم كراء أرض الزراعة بما تنبته ولو غير الطعام كقطن وكتان وعصفر وزعفران وتبن وبوص وعلة الفساد المزابنة، هذا إذا اكتريت للزراعة لا للبناء مثلا فيجوز كما مر، «الش» وهذا المبحث يختلف فيه بين الأئمة ولله الحمد.

قال «الش»: فقد أجازه بعض السلف كما في الموطأ وغيره، وقالت الشافعية: محل الحرمة إذا اشترط عين شخص ما يخرج من هذه الأرض لا مطلق قمح مثلا وهي فسحة.

ثم استثنى مما تنبته الأرض قوله:

● ص:

إلا كالخشب.

● ش:

يعني: أنه يحرم كراء أرض الزراعة بما تنبته إلا بالخشب والعود الهندي والصندل وهو ما يصنع منه الطيب والقصب الفارسي ونحو ذلك من كل ما يطول مكثه فيها حتى يعد كأنه أجنبي منها فيجوز.

وأدخل بالكاف المعاون وما لا يستنبته الناس كالحشيش والحلفاء فيجوز كراؤها به.

قال «خ»: ويجوز كراؤها بما تثبت ولا يستنبته الناس كالذهب والفضة والرصاص والنحاس والحشيش والحلفاء.

● ص:

وحمل طعام البلد بنصفه فيها.

● ش:

(حمل) عطف على (كراء) والطعام فرض مثال فمثله غيره والنصف أيضًا فرض مثال فمثله الربع ونحوه فقوله: (فيها) أي: في البذر أي: يدفع له نصف الطعام في البلد المحمول إليها.

يعني: أنه لا يجوز أن يؤاجره على حمل طعام ونحوه لبلد كذا بنصف ذلك الطعام بشرط أن يدفعه له في البلد المحمول إليها؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه فإن وقع فالطعام كله لربه وعليه أجرة المثل إلا أن يعجل على ما سبق أول الباب من تعجيل إلا حدا المعين.

والحاصل: أنه إذا جعل له النصف في البلد التي يحمل إليها الطعام فلا يجوز وتكون إجارة فاسدة وإن جعله له الآن أي: حين العقد فيجري على ما مر أول الباب من تعجيل المعين وإلا فسدت فهذه المسألة من أفراد الإجارة وبمعين فيجري فيها تفصيله المتقدم.

● ص:

وإن خطته اليوم لك كذا وإلا فكذا.

● ش:

عطف على معمول حرم وهو كراء أرض الزراعة أي: وحرم قول رب الثوب للخياط أن خطته اليوم مثلا فلك كذا من الأجر كعشرة وإلا تخطه اليوم بل أزيد فلك كذا الثمانية وهي إجارة فاسدة للجهل بقدر الأجرة فإن وقع فله أجر مثله ولو زاد على المسمي خاطه في اليوم أو في أكثر.

ومحل كلام «المص» إذا وقع العقد على البت فإن كان على الخيار جاز؛ لأنه منحل فاختيار أحدها كابتداء عقد ومن الجائز أن يزيده بعد العقد في الأجرة ليسرع له في العمل.

ومثل الخياطة غيرها كالكتابة والنجارة والحدادة والحياكة ونحو ذلك ومثل اليوم الجمعة والشهر والساعة والسنة.

● ص:

واعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه وهو للعامل وعليه الأجرة.

● ش:

عطف على ما مر أيضًا أي: وحرم أعمل على دابتي أي: وحرم قول رب الدابة أو غيرها لآخر: أعمل على دابتي أو في سفينتي أو حمامي أو حانوتي أو داري ونحو ذلك وما حصل من الأجرة فلك نصفه مثلا وهي إجارة فاسدة للجهل بقدر الأجرة فتفسخ قبل العمل فإذا عمل فما حصل فهو للعامل وحده وعليه الأجرة في الدابة والسفينة وأما الحمام والدار ففي «بن» جميع ما أتي به العامل يكون لربهما وللعامل أجرة مثله ورد ما في الخَرَشي من أن ما أتي به للعامل وعليه الأجرة لربهما والحانوت كالحمام والدار وإنما جعلت السفينة كالدابة؛ لأن لنسيرها مدخلا كمشي الدابة وهذا ظهر من جعلها كالدار.

وقوله: (فما حصل) أي: من الأجرة بدليل لو أحق السياق فهو غير ما يأتي من نصف ما يحمل عليها أو أن ما هنا محمول على الجهل؛ لأنه لم يقيد باحتطاب ولا

غيره وما يـأتي محمول على ما إذا عـرف ما يحمل عليها مثلا فلا مخـالفة بين ما هنا وما يأتي ولا تكرار.

قال «خ»: وقوله: (فما حـصل) أدخل الفاء فيه لكون ما بعـدها جواب شرط مقدر أي: وإذا عملت فما حصل. اهـ. ومثله يقال في عبارة مصنفنا.

وقوله: (وعليه الأجـرة) ظاهره ولو عمل ولم يجد شيـئا وهو قول ابن يونس؛ لأنه كان أكثر ذلك أكتراء فاسدا فتعلق بذمته.

وقال ابن حـبيب: إن عاقه عـن العمل عائق وعـرف ذلك بأمـر معروف فلا شيء عليه إذ لم يكرها بشيء مضمون عليه.

واعلم أن الصور هنا أربع:

الأولى: ما ذكرهـا «المص» وهي أن يقول له أعمل لي على دابتي وما حصل فلك نصفه فعمل عليها بنفسه.

الثـانية: أن يقـول له أعمل عليهـا فيكرهـا لمن يعمل عليـها وهذه يـشملها كلام «المص» ايضًا.

الثالثة: أن يقول له أكرها وما حصل فلك نصفه فعمل عليها بنفسه.

وفي هذه الصور الثلاث يكـون ما حصل كله للعامل وعليه لربهـا أجرتها بالغة ما بلغت، إلا أن الـصورة الثـانية فيهـا قولان مـرجحان، ومـا ذكرنـاه فيها هـو قول ابن القاسم.

والرابعة: بعكـس هذه الصـور وهي أن يقول له خذ دابتي لتكريها وما حصـل فلك نصفه فأكراها فما حصل فلربها وعليه للعامل أجر مثله؛ لأنه أجر نفسه إجارة فاسدة وإلى هذه الصورة أشار بقوله:

• ص:

عكس لتكريها.

• ش:

العكس باعتبار إنما حصل من كراء الدابة يكون للمالك وعليه للعامل أجرة مثله وليس المراد بالعكس العكس في الحكم؛ لأن الحكم فيها الفساد كالأولى.

• ص:

وجاز دفع نصف السلعة ليسمسر على الآخر.

• ش:

(الآخر) صفة لمحذوف أي: لسمسر على النصف الآخر.

يعني: أنه يجوز لصاحب سلعة كثوب أو عبد أن يدفع نصفها لمن يسمسر له على نصفها الآخر فيكون الصنف المدفوع للسمسار إجارة على بيع النصف الآخر أو جعالة على بيعه؛ لأنه أن ضرب للبيع أجلا فإجارة وإن لم يضرب له أجلا فجعالة فالسمسار يأخذ نصف السلعة في نظير سمسرته ولا يدفع لصاحب السلعة شيئا من عنده سوي السمسرة وهذا جائز بلا شرط أما إذا دفع له شيئا من عنده مع السمسرة كان ذلك بيعا وإجارة ولا يجوز إلا بشروط أشار لذلك بقوله:

• ص:

كأن دفع السمسار شيئاً وكانت السلعة غير مثلي ويسمسر في البلد وأجلا.

• ش:

التشبيه في الجواز؛ أي: وكذا يجوز دفع نصف السلعة لمن يسمسر على بيع النصف الآخران دفع السمسار شيئا من عنده لصاحب السلعة كدينار يدفعه له مع السمسرة فكان في العقد بيع بثمن فيكون السمسار قد ملك نصف السلعة بمجموع الدينار والسمسرة على بيع النصف الثاني وهذا بعي وإجارة.

ولجواز ذلك شروط ثلاثة:

الأول: أن تكون السلعة التي دفع نصفها للسمسار غير مثلي فإن كانت من المثليات كالطعام منع؛ لأن النصف المدفوع للسمسار يصير تارة أجرة وسلفا؛ لأنه قبضه أجرة وهو مما لا يعرف بعينه فيكون أجرة وسلفا إن باع في نصف الأجل؛ لأنه يرد حصة ذلك وتارة يصير ثمنا أي: أجرة فقط إن باع في آخر الأجل أو مضي الأجل ولم يبع فتردد العقد بين الممنوع وهو إجارة وسلف والجائز وهو الثمن أي: الإجارة فقط.

ويفهم من هذا التعليل أنه إذا شرط عليه أنه إن باع في أثناء الأجل لا يرد له باقي

الثمن أي: الأجرة بل يتركه له أو يأته بطعام آخر يبيعه له فإنه يجوز وهو كذلك وإلى هذا الشرط أشار بقوله: (وكانت السلعة غير مثلي) أي: لئلا يكون سلعا إن باع قبل مضي المدة؛ لأنه يرد بحسبه.

وبعبارة: إنما اشترط كون المبيع غير مثلي لئلا يكون تارة سلفا إن باع في نصف الأجل؛ لأنه يرد حصة ذلك وتارة ثمنا إن باع في آخر الأجل أو مضي الأجل ولم يبع الشرط.

الثاني: أن يسمسر في البلد الذي هما به أو قريبا منه بحيث يجوز تأخير قبض المعين إليه؛ لأنه إذا كان في البلد أو قريبا منه كان متمكنا من قبض نصيبه من الآن أما إذا كانت السمسرة بغير بلد العقد وما الحق به لم يجز؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه إلى تلك البلد.

قال أبو إسحاق: لأنه اشتري شيئا بعينه لا يقبضه إلا إلى أجل بعيد وهو بلوغه للبلد وإلى هذا أشار بقوله: (ويسمسر في البلد) أي: أو قربه لئلا يكون من بيع معين يتأخر قبضه.

الثالث: أن يؤجلا أي: يضر بالبيع النصف الثاني أجلا ليكون إجارة محصنة وهي جامع البيع فيخرجان عن بيع وجعل، بخلاف ما إذا لم يوجلا فإنها تكون جعالة وهي لا تجامع البيع وإلى هذا أشار بقوله: (وأجلا) أي: وإلا كان جعلا مع البيع وهو لا يجوز، والله أعلم.

• **ص:**

وجاز بنصف ما يعمل على كالدابة إن عرف أو شرط لا ثمنه.

• **ش:**

قوله: (ما يعمل) أي: كان يحمل عليها أو يحرث أو يدرس مثلا كل يوم بوبة مثلا وأدخل بالكاف السفينة يحمل فيها كل يوم باردب مثلا والشبكة للاصطياد بها.

يعني: أنه يجوز عقد الإجارة على الدابة والسفينة والشبكة بنصف ما يعمل عليها من حمل أو حرث أو طحن أو درس أو صيد إذا عرف ما يعمل على الدابة ونحوها أو شرط في أصل العقد ولم يحجر عليه المالك بحمله كله لمحل كذا أو

بيعه مجتمعا كما في حاشية الخَرَشي والجواز بشرطه حاصل مطلقًا قيد بزمن كيوم لي ويوم لك أو لا كنقله لي ونقله لك.

قال «خ»: فلو تلفت الدابة بعد أن أخذ العامل نقلته فيما إذا قال: اعمل عليها اليوم لك وغدًا لي، فلربها أن يأتيه بأخرى يعمل له عليها، وقيل: له كراؤها، وهذا قول ابن القاسم في العتبية وهو أبين.

وإن ماتت بعد أن أخذ رب الدابة نقلته فيما إذا عكس في المثال فللعامل على ربها أجرة المثل وليس له أن يكلفه أن يأتي بدابة أخرى، هذا كله إذا وقعت الإجارة بنصف ما يعمل عليها.

وأما إذا وقعت بنصف ثمن ما يعمل عليها فلا يجوز لقوة الغدر فيه؛ لأنه لا يعرف لاختلاف الرغبات التي تختلف بها الأسعار، نعم إن كان مسعرا بحد لا يتجاوزه ربما اقتضى ذلك الجواز إلا أنه يخالف ما تقدم عن مُحَشِّي الخَرَشي من منع التحجير في بيعه مجتمعا. أفاده «حش».

وعلى الإجارة بنصف الثمن أو على عدم معرفة ما يعمل عليها يحمل ما سبق من منع أعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه.

والحاصل: أن الجواز هنا لكون الإجارة بنصف ما يعمل عليها لا نصف ثمنه ولكون ما يعمل عليها معلوما بعرف أو غيره والمنع فيما مرا ما لعدم معرفة ما يعمل عليها أو لكون الأجرة نصف ثمن ما يعمل عليها لا نصف ما يعمل عليها كما أشرنا له سابقا.

وبعبارة: يجوز للإنسان أن يؤاجر دابته أو سفينته أو شبكته لمن يعمل أو يستقي أو يصيد بها وله نصف ذلك؛ لأن الأجرة هنا معلومة، بخلاف ما مر في قوله: اعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه، والجواز هنا مقيد بقيدين:

أحدهما: أن يعلم ما يعمل عليها من حمل حطب أو غيره أو سقي أو طحن أما بعرف أو بشرط:

الثاني: أن لا يحجر ربها على العامل بحيث لا يقول له لا تأخذ نصفك إلا بعد بيعه مجتمعا أو بعد نقله مجتمعا لموضع كذا وإلا منع.

● ص:

ويصاع من دقيق أو زيت لم يختلف.

● ش:

عطف على معمول (جاز) أي: وجازت الإجارة بصاع من دقيق أو من زيت يدفعه لمن يطحن الحب أو لمن يعصر الزيتون في نظير طحن أو عصره سواء كان الدقيق أو الزيت المدفوع للأجير من الحب أو الزيتون الذي وقعت فيه الإجارة أو من غيره فيجوز لصاحب الحب أن يستأجر رجلا على طحن إردب منه بصاع دقيق مما يخرج من الإردب أو من غيره.

وكذا يجوز لصاحب الزيتون أن يستأجر رجلا على أن يعصر له كذا من الزيتون بصاع زيت مما يخرج منه أو من غيره ومحل الجواز إذا لم يختلف الخروج فيهما أي: في الدقيق والزيت فإن اختلف خروج ما ذكر بأن كان تارة يخرج الدقيق أو الزيت من الحب أو الزيتون وتارة لا يخرج منع للجهالة فإن شك في الخروج حمل في الزيتون ونحوه كبذر السمسم على عدمه فيمنع وفي الحنطة ونحوها على الخروج فيجوز، فقوله: (لم يختلف) راجع للدقيق والزيت وأفرد فلم يقل يختلفا؛ لأن العطف بادر الظاهر بل المتعين أن هذا الشرط خاص بما إذا اشترط أخذ الصاع من الخارج وأما من غيره فلا يشترط.

● ص:

واستئجار المؤجر من ربه الآن ليقبض بعد الانقضاء.

● ش:

عطف على معمول (جاز) أيضًا واستئجار مصدر مضاف لمعموله وهو الموجز بفتح الجيم ومن ربه متعلق باستئجار.

يعني: أن الشيء المستأجر من عقار أو حيوان يجوز استئجاره من ربه الآن ليقبض بعد انقضاء مدة الإجارة الأولى سواء كان المستأجر الثاني هو الأول أو غيره.

وبعبارة: يجوز استئجار الشيء المؤجر من ربه مدة تلي مدة الإجارة الأولى

للمستأجر الأول أو غيره وأما استئجاره من مستأجره فسيأتي.

قال «حش»: وأما بيع الشيء المؤجر لغير مستأجره فجائز عندنا خلافًا للحنفية ومن وافقهم ويخير المشتري إلا أن يبقي من الإجارة اليسير كاليومين وبيعه لمستأجره ماض وفي كونه فسخا للإجارة خلاف.

قال «عب»: لا يجوز إيجار ما عليه حكر لغير موجزه الأول؛ لأن العرف كالشرط فكأنه اشترط عليه في العقد أن لا يكريه لغيره وعلى ذلك دفع الأجرة المعجلة ويأتي لذلك تتمه في الوقف إن شاء الله تعالى السيد لا يجوز للناظر أن يستأجر ما إكراه لغيره للتهمة. انتهى.

● ص:

كمشتري ما استثني منفعته عاما في الدار وعشرة في الأرض وثلاثة أيام في المركوب لا جمعة وكره المتوسط وعشرة في بقية الحيوان.

● ش:

قوله: (كمشتر) تشبيه في أنه يجوز أنه يستأجر منه مدة تلي المدة التي استثناها البائع.

و(مشترٍ) بكسر الراء منونا اسم فاعل وما وافقه على شيء فهي نكرة موصوفة يحمله (استثني) و(منفعته) نائب فاعل استثنى والمستثني هو البائع أي: كما يجوز الاستئجار من مشتر شيئا استثني البائع منفعته ويحتمل أن (مشتر) مضاف لـ(ما).

وقوله: (عاما) ظرف للمنفعة وهو بيان للمدة التي تجوز للبائع استثناها.

يعني: أن من اشتري شيئا استثني بائعه منفعته مدة معينة فإنه يجوز له أن يؤجره لإنسان مدة بعد المدة التي استثناها البائع على أن يقبضه المستأجر بعد المدة المستثناة والمدة التي يجوز للبائع استثناء المنفعة فيها هي عام في الدار وعشرة أعوام في الأرض وثلاثة أيام في المركوب من الحيوان لا جمعة فيمنع؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه، ولأن المشتري لا يدري كيف يرجع له فيؤدي إلى الجهالة في المبيع ويكره في المركوب استثناء المتوسط وهي من الأربعة للسبعة عند اللخمي ومنعه غيره.

وأما بقية الحيوان غير المركوب كالرقيق والبقر فيجوز استثناء منفعته عشرة أيام كما قال، وعشرة في بقية الحيوان، وشهر بعضهم القول بجواز استثناء الشهر والثوب كالدواب يستثنى فيه الثلاثة أيام على ما استظهره بعضهم، وعلى الحيوان في المدة المستثناة على المشتري والضمان في المدة الجائزة والمكروهة عليه، وفي المدة الممنوعة وهي الزائدة على ما سبق يكون الضمان من البائع لا من المشتري؛ لأنه بيع فاسد لم يقبض وإنما جاز في الدار العام وفي الأرض العشرة لقوة الأمن فيها فاغتفر فيها بيع معين يتأخر قبضه، بخلاف الحيوان فإنه يسرع إليه التغير فلم يفتقر فيه إلا ما سبق.

● ص:

والنقد فيه إن أمن التغير.

● ش:

عطف على معمول جاز أيضًا أي: ويجوز النقد فيه أي: في المستأجر الذي يتأخر قبضه لانقضاء مدة الإجارة الأولى أو لانقضاء المدة التي استثناها البائع على ما مر ومحل جواز النقد فيه إن أمن تغيره مدة الإجارة الأولى ومدة الاستثناء بأن ظن بقاؤه بحاله إلى تسليمه لمن استأجره بعد مدة الإجارة الأولى أو مدة الاستثناء، أما إن ظن تغيره فلا يجوز فيه النقد قطعا وإن شك فخلاف.

وهذا الشرط يجري أيضًا في أصل جواز استئجار المشاة والمستثني منفعته فإن ظن البقاء فالجواز قطعا وإن أحتمل فعلي أحد قولين وإن زظن التغير فالمنع قطعا وإذا منع العقد منع النقد ضرورة.

● ص:

كعبد خمسة عشر عاما ودار ثلاثين سنة ودابة سنة إلا في السفر فدونها.

● ش:

هذا مثال لما يجوز فيه النقد لا من تغيره ويحتمل أنه تشبيه بما قبله في الجواز قصد به بيان المدة التي يجوز الاستئجار إليها.

يعني: أنه يجوز استئجار العبد خمسة عشر سنة عاما بالنقد ولو بشرط لكن ليس

كل عبد كذلك فقد يكون طاعنا في السن وكذلك الدار قد تكون قديمة فالمدار على أمن التغير؛ ولذا قال «دك»: ومحل استئجار العبد المدة المذكورة ما لم يتغير غالبا فيها و إلا امتنع إلا بقدر ما يظن سلامته. اهـ.

قال في المدونة: لا بأس بإجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة سنة ولا أري به بأسا والدار أبين أي: في الجواز ويجوز تقديم الأجرة فيه بشرط. اهـ.

قال بعضهم: محل كلام المدونة إن لم يتغير في هذه المدة فينظر للصغير والكبير والشيخ والهرم وليس معناه أن كل عبد يستأجر خمسة عشر عاما.

وقوله: (ودار) بالجر عطف على عبد أي: أنه يجوز استئجار الدار ثلاثين سنة بالنقد والمؤجل ومثلها الأرض المأمومة الري وهذا في الدار الجديدة التي يؤمن تغيرها في هذه المدة وأما الدار القديمة فدون ذلك بقدر ما يظن سلامتها إليه وأما الأرض الغير المأمومة الري فيجوز العقد عليها ما ذكر بدون نقد، وقيل: إن الأرض المأمومة تكر خمسين عاما وغير المأمومة يجوز فيها العقد دون النقد.

وقوله: (ودابة) بالجر عطف على عبد أي: أن الدابة يجوز كراؤها سنة إلا في السفر فدون السنة وينظر في الدابة للصغيرة وللكبيرة والقوية والضعيفة والمدار على أن التغير في الجميع والتحديد بالسنين أما بالنظر للغالب وأما للتقريب.

● **ص:**

ومن مستأجره.

● **ش:**

عطف على قوله: (من ربه)؛ يعني: أنه يجوز استئجار الشيء المؤجَر بالفتح من مستأجره فمن استأجر دابة شهرا مثلا يجوز له أن يؤاجرها لغيره شهرًا فأقل.

● **ص:**

وإن آجره منه فكبيوع الآجال.

● **ش:**

فاعل (آجر) ضمير يعود على رب الشيء المؤجَر بالفتح والهاء مفعوله وهي ضمير يعود على ذلك الشيء المؤجر والضمير في منه يعود على المستأجر بكسر الميم.

يعني: إن رب الشيء الموجر إذا استأجره من مستأجره قدر المدة الأولى أو أقل كان ذلك كمسائل بيوع الآجال في المنع والجواز فيمنع أن يكنز به بأقل نقدا ولدون الأجل أو بأكثر لا بعد. قاله «الش».

فإن قلت: إن قوله: أو بأكثر لا بعد؛ مشكل لأن المستأجر لا يكريه لربه أو لغيره لا بعد من الأجل الأول وإنما يكريه للأجل أو لدونه يجاب بأن المراد بالأجل في كلام «الش» أجل الثمن وهو أجرة المنفعة لا أجل الإجارة وهو مدة استيفاء المنفعة وأجل الثمن قد يكون قدر مدة الإجارة أو أقل أو أكثر فيمكن أن يكتريه ربه من المستأجر بأكثر من الكراء الأول لا بعد من الأجل الأول فإذا كانت مدة الإجارة الأولى ثلاثة أشهر بعشرة إلى شهر فاكتراه ربه منه هذه المدة أو أقل بأثني عشر إلى شهرين فقد صدق عليه أنه اكتراه بأكثر لا بعد، فلا إشكال في كلام «الش» والمستشكل غالط.

فإن قلت: لم امتنع هنا ما امتنع في بيوع الآجال وجاز هنا ما جاز هناك؟

قلنا: لأن الإجارة بيع منافع فحكمها حكم بيع الرقاب.

وبعبارة: من أكرى داره أو عبده أو دابته لإنسان يجوز له أن يكتريه ممن اكتراه منه إلا لتهمة مسلف جر منفعة فلا يجوز كإيجاره بعشرة لأجل، واستئجاره بثمانية نقدا، أو لدن الأجل؛ لأنه دفع قليلًا عاد عليه كثيرا.

● ص:

وعلى تعليمه بعمله سنة من آخذه فإن مات أثناءها تحاسبا بالقيم.

● ش:

عطف الجائزات السابقة أي: وجاز عقد الإجارة على تعليم الصبي صنعة معينة كخياطة وحياكة ونجارة بعمله سنة مثلا للمعلم فستة ظرف لعمله وأما التعليم فمطلق وابتداء السنة من يوم أخذه للتعليم لا من يوم العقد وهذا عنه الإطلاق فإن علينا زمنا عمل به فيما يظهر فإن مات الصبي أثناء السنة تحاسب ولي الصبي والمعلم بالقيم، كما قال عبد الحق، وظاهر أن أول التعليم أكثر قيمة من باقيه عكس العمل فإن أوله أقل قيمة من باقيه.

وعبارة «خ»: قال عبد الحق في نكته عن بعض شيوخه: إن مات العبد في نصف السنة فإن كانت قيمة تعليمه في النصف الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني رجع على ربه بثلث قيمة تعليمه. انتهى بيان ذلك.

والحال ما ذكر أن المعلم وجب له على ولي الصغير ثلثا أجرة المثل ووجب للصبي على المعلم ثلث أجرة المثل فليكمل للمعلم ما بقي له وهو ثلث تكملة الثلثين. اهـ.

وقول «المص»: (وعلى تعليمه) أي: الصغير من ولد أو عبد.

قال «خ»: والظاهر أن هذا يختص بمن يعقل، ثم اعلم أن ابن عرفة منع هذه المسألة بحثا؛ لأن التعليم يختلف بالحذاقة والبلاده وهي مجهولة الآن وكان المحيز رآه غررا خفيفا. أفاده «حش».

● ص:

واحصد هذا أو القطه ولك نصفه إجارة وما فعلت فلك نصفه جعل.

● ش:

يعني: أن الشخص إذا قال لآخر: احصد زرعي هذا ولك نصفه. أو القط زيتوني هذا ولك نصفه. أو القط نصفه ولك نصف ما لقطت. أو جز نحلي ولك نصفه. أو اجنه ولك نصفه. فإن ذلك كله جائز وهو إجارة لازمة فليس لأحدها الترك وبقية العمل من الدرس والتذرية عليها ويمنع قسمة قتا؛ لأنه خطر ويدخله التفاضل وأتي باسم الإشارة إشارة إلى أنه لابد من تعينه وحصد من باب نصر وضرب فتضم الصاد في الأمر والمضارع وتكسر.

وقوله: (واحصد هذا أو لقطه ولك نصفه إجارة) مبتدأ وخبر؛ أي: هذا اللفظ إجارة.

وقوله: (وما فعلت فلك نصفه) مبتدأ؛ لأن المقصود اللقط، وقوله: (جعل) خبر.

يعني: أنه إذا قال: احصد زرعي أو القط زيتوني أو جز نحليما وأجنه وما فعلت من ذلك فلك نصفه فهو جعل يغتفر فيه الغدر وله الترك متي شاء وإنما كان هذا جعلا لعدم تعيين ما يحصدا ويلقط أو يجز أو يجني، بخلاف ما سقفانه عينه له

بالإشارة فكان إجارة وإنما ذكر مسألة الجعالة هنا مع أن محلها في باب الجعالة؛ لأنه لما كان يأخذ بحساب كل ما حصد شابه الإجارة.

ثم شبه في الجعالة قوله:

● **ص:**

كانفضه كله ولك نصفه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا قال له: انفض زيتوني كله ولك نصفه فإن ذلك جعالة جائزة.

● **ص:**

ومنع ما نفضت أو حركت أو ذريت أو عصرت فلك نصفه.

● **ش:**

يعني: أنه يمنع أن يقول له: انفض الشجر لتسقط ثمرته أو حركه لتسقط ثمرته أو ذر الجرين ليخلص الحب من نبته أو أعصر الزيتون ليخرج زيته وما نفضت أو حركت أو ذريت أو عصرت فلك نصفه للجهالة كما تقدم وإنما كان في التذرية جهالة لاحتياجه للريح المساعد له.

وبعبارة: إذا قال له: ما حصدت من زرعي فلك نصفه أو ما لقطت فلك نصفه أو ما جنيت فلك نصفه أو انفضه كله ولك نصفه فإن ذلك جائز وهي جعالة، بخلاف ما نفضت أو حركته أو ذريت أو عصرت فلك نصفه فممنوع، والفرق أن الحصد وما معه من مقدوره، بخلاف النفض والعصر والتحريك والتذرية ومحل المنع في النفض إذا كان باليد، وأما إن قال له: ما نفضت بالعصا فلك نصفه فهو جائز كقوله: وما حصدت فلك نصفه، على ما قاله ابن العطار كما في «خ».

● **ص:**

وإجارة دابة لكذا على أنه إن استغنى عنها حاسب لا إن زاد.

● **ش:**

عطف على الجائزات السابقة ولا مفهوم للدابة بل مثلها السفينة والدار.

يعني: أنها تجوز إجارة دابة أو دار أو سفينة لكذا من الزمان أو المكان على أنه

استغني عنها في أثناء المدة أو المسافة حاسب ربها أي: أعطاه بحساب ما سار أو سكن بحسب السهولة والصعوبة ويصدق المستأجر في استغنائه عنها إذا نازعه ربها وقال له: لم تستغن أصلًا أو استغنيت في الموضع الفلاني لموضع آخر بعيدا؛ لأنه أمين، وأما إن استأجرها لكذا على أنه إن زاد فله بحساب ما اكري لم يجز إلا إذا عين غاية ما يزيد وإلى ذلك أشار بقوله: (لا إن زاد) أي: لا تجوز الإجارة على أنه إن زاد حاسب إن لم يعين للزيادة مسافة لا يخرج عنها ثم إن جواز الإجارة فإن نقدها لم يجز لترددها بين السلفية والغنيمة وهذا القيد ذكره في المدونة والغيبة وذكره الأصل في التوضيح.

● **ص:**

وعدم التسمية لإجزاء المدة.

● **ش:**

عطف على الجائزات أيضًا أي: وجاز لمن استأجرها دارا أو غيرها مدة معلومة بأجر معلوم عدم التسمية لإجزاء تلك المدة سواء كانت سنين أو شهور أو أياما وكما يجوز عدم التسمية تجوز التسمية كان يستأجرها عشرة أعوام أو اشهر أو أيام بكذا لكل عام أو شهرا أو يوم كذا فإن كانت السنين أو الشهور تختلف كدور مكة ودور النيل بمصر وحصل مانع رجع للقيمة لا للتسمية فإن شرط في العقد الرجوع للتسمية فسد.

وبعبارة: يجوز للشخص أن يستأجر الرقبة مدة سنين بأجرة معلومة وإن لم يسم ما يخص كل سنة من الأجرة يجوز له أن يستأجر الرقبة مدة سنة بأجرة معلومة وإن لم يسم ما يخص كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر من الأجرة.

● **ص:**

وكراء أرض لتتخذ مسجدا مدة والنقض لربه ولا يجبر أحدهما على البقاء إلا أن يدفع ربها قيمة النقض ليتأبد التحبيس.

● **ش:**

عطف على الجائزات السابقة أيضًا.

يعني: أنه يجوز كراء الأرض لمن يتخذها مسجدا مدة معينة إذا لا يشترط في التحبيس التأبيد كما يأتي فإذا انقضت مدة الإجارة رجع النقض لربه الباين يفعل به ما شاء لتقيده الوقف بتلك المدة وترجع الأرض لمالكها ولا يجبرا أحدها على البقاء على المسجدية فإذا أراد المالك بقاء البناء في أرضه على حاله حبسا لم يجبر بانيه على ذلك وإذا أراد بانئه بقاءه على حاله حبسا لم يجبر مالك الأرض على ذلك ومحل عدم جبر الباين على البقاء حبسا ما لم يدفع له رب الأرض قيمة النقض ليتأبد التحبيس فإن دفع له قيمة نقضه ليتأبد التحبيس جبر على البقاء.

والحاصل: أن رب الأرض لا يجبر على البقاء أصلًا والباين لا يجبر إلا إذا دفع له رب الأرض قيمة النقض لقصد التأبيد وأما إذا استحقت الأرض بعد بنائها مسجدا لله على التأبيد فإن النقض لا يكون لباين ويلزمه أن يجعله في مسجد آخر لله؛ لأن البناء خرج عنه لله تعالى على التأبيد.

● ص:

وعلى تأديب وقصاص وطرح ميتة لا حملها للانتفاع.

● ش:

يعني: أنها تجوز الإجارة على تأديب الولد أو العبد إذا ثبت موجبه فللأب أو السيد الاستئجار عليه.

قال «الش»: ويصدق فيه السيد وأب الصغير. اهـ.

فظاهره بل صريحه أن السيد أو الأب إذا دعي موجب الأدب يصدق من غير بينة وهو خلاف قولهم إذا ثبت موجبه فإن مفاده أنه لابد من ثبوت موجب الأدب بينة.

وكذا تجوز الإجارة القصاص من قتل أو قطع حكم به الحاكم وسلمه للمجني عليه أو لأوليائه.

واحترز بالقصاص عما لو استأجره على أن يقتل له رجلا ظالما أو غير ذلك من المحرمات فإنه لا يجوز له فإن نزل ذلك وفعل فعليه القصاص ولا أجر له.

وكذا تجوز الإجارة على طرح ميتة ودم ونحو ذلك من النجاسات وإن استلزم ذلك مباشرة النجاسة للضرورة ومن قبيل طرح الميتة ترح المراحيض وأما

الاستئجار على حمل الميتة للانتفاع أي: لا يجوز الاستئجار على حمل الميتة للانتفاع بها انتفاعا محرما ثم إن قوله: (وعلى تأديب) متعلق بمحذوف معطوف على معمول جاز والتقدير واستئجار على تأديب واغتفر عمل المصدر محذوفا لكون المعمول جارا أو مجرورا وإنما احتجبا لذلك لأنه ليس في اللفظ ما يصلح؛ لأن يعطف هذا عليه. أفاده «خ».

على نظير هذه العبارة في كلام الأصل والأظهر هنا أنه معطوف على معمول جاز وهو الجار والمجرور المتقدم أعني بنصف ما يعمل ويصير نظم الكلام هكذا: وجاز عقد الإجارة بنصف ما يعمل... إلخ. وعلى تأديب... إلخ. أي: وجاز عقد الإجارة على تأديب... إلخ.

● **ص:**

وحددت بعمل أو زمن فإن جمعها فسدت إلا أن يزيد الزمن على الأقرب.

● **ش:**

يعني: أن الإجارة تجب تحديدها أما بالعمل فقط كخياطة ثوب أوجبة أو سراويل أو كتابة كتاب أو بناء حائط أو قنطرة أو خرز جلدا أو حصد فدان أو درسه أو صغر هي بكذا أو بالزمن فقط كخط عندي يوما أو جمعة أو شهرا أو ابن أو أحصدا وأدرس يوما أو جمعة أو شهرا بكذا وفسدت الإجارة إن جمعها أي: العمل والزمن في عقد واحد كخط هذا الثوب في هذا اليوم بدراهم، أما إن نقص الزمن عن العمل بأن كان شأن هذا الثوب أن لا يخاط إلا في يومين مثلا فالفساد ظاهر.

وكذا إن ساوي الزمن للعمل بأن كان شأن هذا الثوب أن يخاط في ذلك اليوم لحكاية ابن رشد الاتفاق على الفساد وجعل ابن عبد السلام الفساد أحد مشهورين والآخر عدم الفساد أما إذا زاد الزمن على العمل بأن كان شأن هذا الثوب أن يخاط في نصف يوم فتجوز الإجارة على الأقرب لحكاية ابن عبد السلام عليه الاتفاق وإن جعله ابن رشد أحد قولين والآخر عدم الجواز لاحتمال طار على الأجير يمنعه من العمل.

وقوله: (إلا أن يزيد الزمن) مستثنى من عموم الأحوال أي: إنه إذا جمع العمل

والزمن فسدت الإجارة في جميع الأحوال أما اتفاقًا أو على المشهور إلا أن يزيد الزمن على العمل فتجوز على الأقرب.

والحاصل: أنه إن نقص الزمن قط أنها فاسدة قطعا و إن تساويا فابن رشد يحكي الاتفاق على الفساد وابن عبد السلام يقول هو أحد مشهورين و إن زاد الزمن فابن عبد السلام يحكي الاتفاق على الجواز وابن رشد يجعله أحد قولين وعلى القول بالفساد فاللازم أجرة المثل زادت على المسمي أو نقصت.

تنبيه:

قال الخَرَشي في هذا المبحث: من الأصل وكلام المؤلف في الاستصناع، وأما إن قال له: استأجرتك على بيع هذا الثوب في هذا اليوم فإنه جائز اتفاقًا كما نقله المؤلف في الجعل عند قوله: (بلا تقدير زمن)، والفرق خفة القدر في البيع دون الاستصناع أي: أن تيسر البيع في ذلك الزمن أقوي من تيسر الصنعة في ذلك الزمن.

• ص:

وعلى استرضاع ومثل غسل الخرق على الأب إلا لعرف.

• ش:

يعني: أنها تجوز الإجارة على الاسترضاع و إن كان فيه استيفاء عين قصد النص القرآن قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وللضرورة الداعية إلى ذلك وسواء كانت المرضع آدمية أو غيرها كان الرضيع آدميا أو غيره وسواء كانت الأجرة طعاما أو غيره ولا يكون من بيع الطعام بطعام إلى أجل للضرورة وسواء كان الرضيع مباح الأكل أو محرم كجحش صغير ومهر صغير فتكري للجحش حماره أو فرس إن قبلها، ويكري للمهر فرس أو حمارة إن قبلها، والولد الصغير إذا لم يوجد له امرأة ترضعه فإنه يرضع على الحمارة فيجوز أن تكري له حمارة للضرورة.

وبعبارة: يجوز الإجارة على الاسترضاع ولو لمحرم الأكل كجحش تكري له أتان لرضعه لا بقرة لما فيه من ضياع بغير وجه شرعي كذا في حاشية الخَرَشي،

ومعناه لا يجوز إتلاف لبن البقرة له مع إمكان الأتان ومحل الرضاع عند الأبوين حيث لا عرف إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الأب فذلك لها وكذلك إذا كان الأب وضيعا ومثل غسل حرق الصغير وبدله والكحل والدهن ونحو ذلك على الأب إلا لعرف بأنه على المؤجرة فيلزمها.

● ص:

ولزوجها فسخه إن لم يأذن لا أبيها ولو شريفا.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا أجرت نفسها للأرضاع فإن لزوجها فسخه إن لم يأذن لها فيه ما لم يطلقها لما يلحقه من الضرر وسواء كان له ولد أو لا، فإن أذن لها فيه أو طلقها قبل علمه فلا كلام له وأما أبو المرأة فليس له الفسخ عنها ولو كان شريفا.

قال «خ»: والمذهب أن الشريفة إذا أجرت نفسها لرضاع وله غيرها أن الإجارة لازمة لها ليس لأبيها فسخها وإلى ذلك أشار «المص» بقوله: (أبيها ولو شريفا).

● ص:

ولأهل الطفل إن حملت.

● ش:

يعني: أن الظير المستأجرة للرضاع إذا حملت من زوجها أو غيره زمن الرضاع فلأهل الطفل ان يفسخوا الإجارة؛ لأن لبنها يضر بالطفل ولها بحساب ما أرضعت فلو كانت أكلت الأجرة لم تحسب عليها؛ لأنه تطوع بدفعها لها. قاله ابن عبد السلام.

وعبر بـ(أهل الطفل) دون الولي ليكون شاملا للأم أيضًا، فلها الفسخ، وكذا الحاضنة.

ثم شبه في الفسخ قوله:

● ص:

كإحدى ظئرين في عقد ماتت رفيقتها.

● ش:

قوله: (في عقد) يأتي مفهومه في قوله: (وإن استأجر ظئرين بعقدين... إلخ).

يعني: أنه إذا استأجر ظئرين معًا في عقد واحد لرضاع طفل فماتت أحداها فللثانية فسخ العقد ولها أن ترضي برضاع الطفل وحدها فقوله: (كإحدىٰ ظئرين) علىٰ حذف مضاف أي: كثبوت الفسخ لإحدىٰ ظئرين ماتت رفيقتهما في الإرضاع.

● ص:

وكان مات الأب ولم يقبض أجرة ولم يتطوع بها.

● ش:

عطف علىٰ المشبه السابق؛ أي: وكذلك للظئر أن تفسخ عقد الإجارة إذا مات أبو الولد والحال أنه لم يقبض للظئر أجرتها قبل موته ولم يتطوع أحد لها بدفع الأجرة ولا تركه للأب تأخذ منها أجرتها أما إذا دفع الأب لها الأجرة قبل موته أو ترك مالا أو تطوع لها أحد بدفع الأجرة فلا كلام لها والإجارة لازمة لها إلىٰ تمام عقد الرضاع كما إذا كان للولد مال وإذا دفع الأب الأجرة قبل موته فلا كلام للورثة مع الظئر وإنما يرجعون علىٰ الطفل بما يخصهم من الأجرة.

● ص:

وكظهور من أوجر بأكله أكولا كالعبد.

● ش:

عطف علىٰ ما سبق؛ يعني: أن من استأجر أجيرا بأكله فظهر أنه أكول فله أن يفسخ الإجارة عن نفسه؛ لأنه كعيب ظهر به إلا أن يرضي الأجير بأكل وسط فليس للمستأجر الفسخ ومثل الأجير العبد كما في مُحَشِّي الخَرَشي فمن اشترىٰ عبدا فوجده أكولا فله رده وأما الزوجة تظهر الحولة فلا يفسخ نكاحها بذلك ولا خيار لزوجها وهي مصيبة نزلت به فعليه إشباعها.

والفرق بين الزوجة والأجير والعبد أن النكاح مبني علىٰ المكارمة، بخلاف الإجارة والبيع فإنها مبنيات علىٰ المشاحة وأكولا حال من المضاف إليه وهو من الموصولة المضاف إليها ظهور أي: ظهر حال كونه أكولا خارجا عن المعتاد والشرط موجود وهو كون المضاف صالحا للعمل في الحال؛ لأن ظهور مصدر وليس أكولا مفعولا لظهور؛ لأنه لازم وأكول صيغة مبالغة فقد استغني به عن قول بعضهم خارجا

عن عادة الناس في الأكل.

● ص:

ومنع زوج من وطئ ولو لم يشترط ولم يضر.

● ش:

قوله: (زوج) بالرفع نائب فاعل (منع) ومثل الزوج السيد فيمنع من وطئ أمته المستأجرة للإرضاع برضاه.

يعني: أن الزوج إذا رضي لزوجته أن تؤجر نفسها للإرضاع وفعلت فإن الإجارة تلزمها ولو كانت شريفة لا يلزمها إرضاع ولدها ويمنع الزوج من وطئها ولو لم يشترط عليه عدم الوطئ ولو لم يضر وطئه بالولد اكتفاء بالمظنة.

وقال أصبغ: لا يمنع إلا بالشرط أو الضرر فلو تعدئ ووطئ فهل تنفسخ الإجارة أو لا؟ قولان، قيل: لأهل الطفل الفسخ، وقيل: ليس لهم الفسخ.

ابن عرفة: لو تزوجها فوجدها مرضعا فالأظهر أنه عيب، وبحث فيه البدر بأن ذلك لم يذكر في عيوب الفرج. كذا في السيد.

قال «حش»: أقول: الظاهر ما قاله ابن عرفة وإن لم يكن ذلك من عيوب الفرج للضرر بعدم الوطئ إلا أن يبقى من مدة الرضاع اليسير نظير ما سبق في اشتراء دار وجدها مكتراة.

● ص:

ومن سفر وإرضاع غيره ولو كفت إلا أن ترضع ولدها حال العقد.

● ش:

قوله: (من سفر) عطف على قوله: (من وطئ).

يعني: أن الزوج يمنع من السفر بزوجته إذا أجرت نفسها للإرضاع بإذنه وإلا فله فسخ الإجارة ويسافر بها وتمنع المرضع من إرضاع غير الطفل معه ولو كفت الرضيع الذي استؤجرت عليه وغيره؛ لأن أهل الطفل اشتروا جميع لبنها إلا أن يكون لها ولد حال العقد يرتضع من لبنها فلا تمنع من إرضاعه معه؛ لأنه حينئذ بمنزلة الشرط وهي إذا اشترطت غيره لا تمنع من إرضاعه.

● ص:

ولا يتتبع حضانة ولا عكسه.

● ش:

يعني: أن الاسترضاع لا يتتبع؛ أي: لا يستلزم حضانة ولا عكسه أي: لا تستلزم الحضانة الاسترضاع فمن استأجر امرأة لرضاع طفل فلا يلزمها أن يحضنه ومن استأجر امرأة لحضانة طفل فلا يلزمها إرضاعه؛ لأنه زيادة على المفقود عليه وهذا ما لم يكن شرطا أو عرف في المسألتين وإلا عمل به ففاعل يتبع ضمير يعود على الاسترضاع المفهوم من المقام.

● ص:

وإن سافر أهله فليس لهم أخذه إلا بدفع الأجرة.

● ش:

يعني: أنه إذا سافر أهل الطفل بعد عقد الرضاع فليس لهم أخذ الطفل من الظئر إلا بدفع جميع الأجرة للظئر كما في المدونة وإذا أجرت المرأة بغير إذن زوجها ولم يعلم إلا بعد مدة فتنازعت معه لمن يكون ما أخذت من أجرة رضاعها فوقع الحكم بأن ما مضى من المدة لها بحسابه وله فسخ الإجارة فيما يستقبل ولا حجة للزوج بأنه ملك منافعها فباعتها بغير أذنه؛ لأنه ليس له عليها إلا منافع الأشياء الباطنية، كما قاله المشذالي. اهـ «خ».

● ص:

وإن استأجر ظئرين بعقدين فماتت الثانية لزم الأولى وعكسه أتى للثانية بأخرى.

● ش:

يعني: أن من استأجر ظئرين في عقدين، واحدة بعد أخرى فماتت الثانية منها فإن الأولى يلزمها الإرضاع وحدها كما كانت.

وأما عكس ذلك بأن ماتت الأولى وبقيت الثانية فإنه يلزمه أن يأتي للثانية بأخرى ترضع معها حيث علمت الثانية بالأولى حال العقد، فإن لم تعلم بما لزمها

الإرضاع وحدها.

وقولنا: حيث علمت الثانية... إلخ؛ هو تقييد لعبد الحق وعورض بقولها في الحمالة إذا أخذ جميلا بعد جميل والثاني عالم بالأول لزم الثاني جميع الكفالة فلم يجعل له حجة، بخلاف الظئر.

وأجيب: بأن الكفيل الثاني دخل على جميع المال والظئر الثانية إنما دخلت على القيام بنصف موته الولد، والله أعلم.

ثم ذكر مسألة مشتملة على بيع وإجارة فقال:

● ص:

وجاز بيعه على أن يتجر بالثمن إدارة في كذا مدة يوجد فيها إن شرط الخلف ولم يشترط اتجاره في الربح.

● ش:

يعني: أنه يجوز للرجل أن يبيع سلعة لآخر بمائة مثلا وهي تساوي مائة وخمسين على أن يتجر له المشتري بالثمن بحر إدارة في كذا من الأنواع مدة معلومة يوجد فيها ذلك النوع كسنة.

ومحل الجواز إن شرط البائع الخلف حيث تلف من الثمن شيء ليتم التجر على ما هو عليه ولم يشترط البائع على المشتري أن يتجر له في الربح أيضًا لما فيه من الجهل.

وقوله: (إدارة) خرج به الاحتكار فلا يجوز؛ لأن الاحتكار لا ينضبط.

وقوله: (في كذا) أي: في نوع كذا كالبر مثلا؛ يعني: لابد من بيان نوع المتجر فيه.

وقوله: (على أن يتجر) أفهم به أن السلعة بعضها في نظير الثمن وهو بيع وبعضها في نظير التجر وهو إجارة، قال: الأمر إليَّ إن تمت السلعة مائة دينار وعمل سنة مثلا ولابد في الجواز من إحضار الثمن والإشهاد وعلى مائة التعامل من عددا ووزن لينتقل من ذمته لأمانته وتنتفي تهمة التحيل على سلف بزيادة كما سبق في القرائض بالدين.

والحاصل: أن المسألة تجوز بشروط ثمانية:

الأول: أن يكون الثمن معلوما وهذا يفهم من تعلق التجارة به؛ لأن التجارة لا تكون إلا بثمن معلوم.

الثاني: إحضاره والأشهاد عليه لينتقل من الذمة إلى الأمانة وإلا لأدي إلى سلف جر نفعا؛ لأنه يتهم على تأخيره في ذمته ليزيده فيه كما مر وهذا الشرط لا يؤخذ من كلامه هنا وإنما يؤخذ مما سبق في القراض بالدين ويمكن أخذه من هنا بجعل (أل) في (الثمن) للعهد الحضوري؛ لأنه في قوة قوله: الثمن الحاضر.

الثالث: أن يكنون مدير إلا محتكر الآن المحتكر يرصد الأسواق فيؤدي إلى أجل مجهول فيدخل الجهل بالثمن؛ لأن الثمن مجموع النقد والعمل وهذا صرح به في قوله: (إدارة).

الرابع: تعيين النوع المتجر فيه وإليه أشار بقوله: (في كذا).

الخامس: علم المدة كسنة أو أكثر أو أقل كما أشار لذلك بقوله: (مدة) أي: معلومة.

السادس: وجود النوع المتجر فيه في جميع المدة وإليه أشار بقوله: (يوجد فيها).

السابع: أن يشترط البائع الخلف لما يتلف من الثمن ليتم العمل الذي هو جزء من الربح وإلا أدي للفور وإلى هذا أشار بقوله: (إن شرط الخلف).

الثامن: أن يشترط البائع أن يتجر له المشتري في الربح؛ لأن الربح مجهول.

تنبيه:

لو استحقت السلعة المشتراة وقد اتجر المشتري يعطي السنة كان له أجر المثل فيما اتجر ويرجع على البائع بثمنه والربح والخسارة في المائة التي يتجر بها للبائع وعليه فلو لم يتجر المشتري بالمائة إلا نصف السنة ثم أطلع على عيب في السلعة التي أشريت وقد فاتت فقيمة العيب قد وجبت له فإن كانت قيمة العيب تنقصها الربع رجع مشتري السلعة على البائع بربع المائة وهو خمسة وعشرون ويرجع أيضًا بربع قيمة الإجارة في الستة أشهر الماضية ويتجر في الستة أشهر الباقية بخمسة

وسبعين دينار؛ لأنه يحط عنه ربع ما استؤجر له ولو أطلع العيب قبل أن يتجر في شيء وقد فاتت السلعة وكان العيب ينقصها الربع كما ذكرنا فإنه يرجع بخمسة وعشرين ويتجر له بخمسة وسبعين في السنة التي استأجرها بتجر له فيها.

● ص:

ورعي غنم معينة وجيبة إن شرط الخلف.

● ش:

عطف على فاعل جاز؛ أي: وجاز رعي غنم أي: وجازت الإجارة على رعي غنم والوجيبة ما لم يصرح فيها بلفظ كل، بأن يستأجره على كذا سنة أو شهرا بكذا.

وقوله: (إن شرط الخلف) أي: خلف ما تلف أو مات من الغنم.

والمعنى: أنها تجوز الإجارة على رعاية غنم معينة وجيبة كهذه العشرة ترعاها سنة بكذا ومحل الجواز إن شرط في العقد أن ما تلف منها أو مات أخلفه ربه، فإن لم يشترط الخلف لم تصح الإجارة وله أجر مثله فإن شرط الخلف ومات شيء من الغنم أو تلف قيل لربها أخلفه فإن امتنع من الخلف قيل للراعي أذهب بسلام وتأخذ جميع الأجرة واشتراط الخلف هو ما في الأصل وهي طريقة وفي «بن» طريقة أخرى لسحنون وأصبغ وابن حبيب وهي عدم اشتراط شرط الخلف والحكم يوجب أي: أن الحكم الشرعي يوجب الخلف ولو لم يشترط فيجب على ربها الخلف بحكم الشرع بدون شرط، واستصوب ابن يونس هذه الطريقة كما في «الش».

● ص:

كغير المعينة وله كل الأجرة إن لم يأت ربها بخلف.

● ش:

هذا تشبيه في الجواز من غير شرط اشتراط الحلف؛ لأن غير المعينة تصح فيها الإجارة ولو لم يشترط الخلف.

يعني: أنها تجوز الإجارة على رعي غنم غير معينة كعشرة من الغنم بكذا ولو لم يشترط الخلف فإن مات شيء أو تلف قيل لربها أخلفه، فإن لم يأت ربها بخلف

يكمل العدد قيل للراعي أذهب سلام ولك جميع الأجرة سواء شرط الراعي الخلف عند العقد أو لم يشترط.

والحاصل: أن رب الغنم يقضي عليه بالخلف أو دفع الأجرة فعلم مما قدرنا أن قوله: (وله كل الأجرة... إلخ) راجع لما قبل الكاف أيضًا.

فرع:

ليس للراعي أن يجعل مكانه راعيا آخر ولو برضي رب الغنم ويضمن ولو كان مثله في الأمانة. قاله ابن حبيب وسحنون. وقال ابن لبابة: لا ضمان عليه إن كان مثله.

● **ص:**

كموت الراكب.

● **ش:**

هذا تشبيه في الإتيان بالخلف أو دفع كل الأجرة، وكذا إن ماتت دابته غير المعينة فيلزم خلفها كما سيأتي والمعينة إذا ماتت ينفسخ الكراء.

والمعنى: أن من استأجر دابة معينة أو غير معينة للركوب فيقدر ركوبه لموت أو مرض أو حبس فإن الإجارة لا تنفسخ؛ لأنه مما يستوفي به ويلزمه أو ورثته إن مات الإتيان بالخلف أو دفع جميع الأجرة، ومن اكتري دابة غير معينة ليركبها لموضع كذا فهلكت فعلى المكري خلفها، وأما المعينة فتنفسخ الإجارة بموتها؛ لأنها يستوفى منها.

● **ص:**

وحافتا نهر البناء يوصف.

● **ش:**

عطف فاعل جاز كسابقة ولاحقة أي: وجاز حافتا نهر والكلام على حذف مضاف أي: وجاز استئجار حافتي نهر لبناء عليهما ويصير النهر تحت سقف ذلك البناء لكن بشرط أن يوصف البناء؛ أي: يوصف قدره من طول وعرض مما يضيق البناء وقولنا مما يضيق البناء من كلام «الش» ومن فيه تعليليته وما مصدريه أي: يوصف قدره من أصل تضيق البناء أي: خشية أن يضيق البناء مجري النهر لشدة

اتساع عرضه أي: عرض البناء وما في بعض العبارات من أنه لا يشترط وصف البناء حمله مُحَشِّي الخَرَشي على وصف ما بني به من حجر أو غيره مثلا وإلا فلابد من بيان الطول والعرض، بخلاف البناء على الجدار فلابد من وصف ذلك فيه لاختلافه ثقلا وخفة.

وبعبارة: يجوز لك أن تؤاجر حافتي نهرك لمن يبني عليه بيتا أو لمن ينصب عليه رجاء ولابد من وصف البناء طولا وعرضا لا ما يبني به من حجر ونحوه فلا يشترط بيانه.

● ص:

وطريق في أرض وإن للماء.

● ش:

(طريق) بالرفع عطف على ما سبق.

وقوله: (في أرض) أشمل من قول الأصل في دار؛ لأنه يشمل الطريق في الدار والبستان والأرض البراح.

يعني: أنه يجوز لك استئجار طريق في أرض غيرك لتمر فيها لحاجتك وتتوصل منها إلى منافعك وما تريد وإلا لم يجز؛ لأنه من باب أكل أموال الناس بالباطل، كما قال «خ».

وقوله: (وإن للماء) فيه حذف كان مع اسمها وإبقاء خبرها أي: وإن كان الطريق للماء والمقصود بذلك المبالغة في جواز استئجار الطريق؛ أي: أنه يجوز لك استئجار طريق في أرض غيرك ولو كان الطريق التي تستأجره في أرض الغير مجري للماء كالميزاب والمرحاض فإذا كان لك ميزاب ليس له مسيل فلك أن تستأجر مسيلة من أرض جارك ليجري فيه ماء نزل من الميزاب فيخرج إلى خارج.

وكذلك يجوز لك أن تستأجر مسيلا في أرض غيرك ليجري فيه ماء مرحاضك ويخرج إلى خارج.

وكذا يجوز لك استئجار ما يجتمع فيه القصلات التي تجري من الأكنفة والمسيل موضع السيلان أي: سيلان الماء والفضلات وللمرحاض محل الرحض

أي: الطرح كالنيق.

والحاصل: أنه يجوز استئجار طريق في أرض الغير أما لمروره فيها لحوائجه وأما ليجر من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه لم يقع في مقابلة منفعة شرعية.

● **ص:**

لا شراء ماء الميزاب.

● **ش:**

هذا استطراء؛ لأنه بيع لا إجارة ذكره «المص» تبعا للأصل.

والمعنى: أنه لا يجوز شراء ماء الميزاب للجهالة؛ لأنه يقل ويكثر وتارة يكون وتارة لا يكون وسواء طال أمد الماء أو قصر.

تنبيه:

يجوز كرارها ما بطعام أو غيره للطحن عليها ورحا الماء هي ما تدور بالماء ذكره الأصل وإنما نص على ذلك لأن الرحا لما كانت ثابتة بالأرض ومتصلة بها ويعمل فيها الطعام فقد يتوهم أنه من كراء الأرض أي: أرض الزراعة بالطعام فدفع هذا لتوهم ولما كان هذا التوهم فيه بعد لم يذكر ذلك «المص»: الجميع.

● **ص:**

وعلى تعليم قرآن وقضي بالإصرافة على الشرط أو لعرف وهي للأول إن أقرأه غيره قبلها بيسير.

● **ش:**

يعني: أنها تجوز الإجارة على تعليم القرآن كله أو بعضه كجزء معين منه بأجر معلوم ويجوز تحديد التعليم بالزمن فقط ككل شهر بدرهم أو كل سنة بدينار أو بالحفظ وإنما جازت الإجارة على تعليم فقط فإن جمع بينهما فعلي ما سبق في الجمع بين الزمن والعمل كما في «بن».

وفي «دك» أنه يجوز الجمع بينهما وهو المشهور إذ قد يمضي الشهر ولا يحفظ ما عينه أو يحفظه في أثنائه والحفظ المتقدم ذكره بمعنى الحذاقة في الأصل فالحذاقة بكسر الحاء المهملة وبالذات المعجمة الحفزظ وإنما جازت الإجارة

على تعليم القرآن وكرهت على تعليم العلم كما يأتي؛ لأن الفقه منه ما هو ظني والقرآن قطعي وصف لا شك فيه، ولأن تعلم الفقه بأجرة ليس عليه العمل، بخلاف تعليم القرآن وقيل إنما كره الأخذ على الفقه لئلا يقل طالبه وكتابة القرآن جائزة والأجرة عليها جائزة.

وفي «بن» جواز الزجر للصبي بنحويا قرد بالنظر وإن الصبيان إذا كانوا لا يحتفظون من النجاسات لم يجز تعليمهم في المساجد. أفاده «حش».

ويقضي للمعلم على ولي الصبي أو على القارئ الرشيد بالإصرافة وهي ما يؤخذ على بعض السور كالضحي وعم وتبارك ويس ونحو ذلك، والقضاء بها يكون على حسب الشرط أو العرف فإذا شرط أخذها عند كذا وكذا من السور عمل بالشرط، فإن لم يكن شرط عمل بالعرف ومحلها عرفا من السور كسبح وعم وتبارك والفتح ويس ونحو ذلك، والعرف يختلف باختلاف الزمان والمكان وكذلك هي تختلف باختلاف الزمان والمكان وقد تختلف باختلاف الأشخاص فقرًا وغنًى.

قال «خ»: ولا حد فيها وأنها راجعة إلى حال الأب في يسره وعدمه وينظر فيها أيضًا إلى حال الصبي فإن كان حافظا فيكون حذفته أي: أحراقته أكثر من الذي لا يحفظ. اهـ.

وإذا قارب الصبي محل الإصرافة فخرج من عند هذا المعلم لمعلم آخر ووصل عنده لمحلها فالإصرافة يقضى بها للأول إن أقرأ الصبي المعلم الثاني قبل محلها بيسير كالسدس فإن أقرأه قبل محلها بكثير فالإصرافة له أي: للثاني وإن تكر القراءة بالكلية قبل الإصرافة فلا شيء للمعلم وإلى هذا أشار بقوله: (وهي للأول إن أقرأه غيره بيسير) أي: أن الإصرافة للأول إن أقرأ الصبي غير المعلم الأول قبلها بيسير، ومفهومه: أنه لو أقرأه الثاني قبلها بكثير فهي للثاني.

● ص:

وجاز إجارة الماعون.

● ش:

يعني: أنها تجوز إجارة الماعون أي: ما يستعان به كصفحة وقدر وغربال ومنخل

بضم الميم والخاء وفاس وسكينة ودلو وأبرة ونحو ذلك كان مما يمر بعينه كالوعاء المكتوب عليه مثلا أو لا، كالصحون التي لم يكتب عليها ولم تميز بعلامة ومنع ابن العطار كراما لا يعرف بعينه كقدور الفخار بغيرها الدخان أو الدهان بحيث لا تعرف إلا أن يتعيش عليها.

وبعبارة: تجوز إجارة الماعون خلافًا لمن قال: لا يجوز إجارة الماعون الذي لا يعرف بعينه، وأما قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون:٧]. فالجمهور من المغرب على أن المراد به ما يستعان به من الزكاة بدليل قرنه بالصلاة كأنه قال: لا يصلون ولا يزكون.

● **ص:**

وعلى حفر بئر كالجعالة في الموات وإلا فسدت.

● **ش:**

يعني: أنها تجوز الإجارة على حفر بئر مطلقًا سواء كانت بأرض مملوكة للمستأجر أو بأرض غير مملوكة له كالموات ومحل الجواز إذا عين له مقدار الحفر من طول وعرض كخمسة أذرع في خمسة والعمق عشرة فإن انهدمت قبل تمام العمل فله بحساب ما عمل.

وقوله: (كالجعالة) تشبيه في الجواز لكن بقيد أن تكون البئر المجاعل على حفرها في أرض موات؛ أي: وكذا تجوز الجعالة على حفر بئر بشرط أن تكون في أرض موات، فإن لم تكن في أرض موات بأن كانت الجعالة على حفر بئر في ملكه فسدت الجعالة لانتفاء المجاعل بالكسر بما قبل تمام العمل باطلا بلا عوض لو ترك المجاعل بالفتح ولابد في الجعالة من الوصف كالإجارة وإنما تتميز عن الإجارة بما يدل على الجعالة بأن يصرح بها أو يقول ولك بتمام العمل كذا.

والحاصل: أنه لابد من الوصف فيها وإنما يفرق بينهما بوجهين:

الأول: أن يصرح بالجعالة أو يقول ولك بتمام العمل كذا.

الثاني: أن الجعالة لا تكون إلا فيما لا يحصل للمجاعل فيه نفع حين الترك لو ترك العمل، بخلاف الإجارة.

ولذا لو وقع العقد على الحفر فيما يملك كان إجارة ولا تصح فيه الحال الجعالة فإن صرح فيه بالجعالة فسد العقد كما مر.

وقوله: (في الموات) قيد فيما بعد الكاف.

وقوله: (وإلا) مفهوم القيد أي: وإلا بأن كانت الجعالة في ملكه لا في الموات فسدت الجعالة.

وبعبارة: يجوز العقد على حفر البئر لكن تارة يكون إجارة وتارة يكون جعالة وفي الأول إذا انهدمت قبل تمام العمل فله بحساب ما عمل وإن انهدمت بعد الفراغ فله جميع الأجرة وفي الثاني لا يستحق شيئا الإتمام العمل فإذا انهدمت قبل التمام فلا شيء له، والفرق بينه أن الجعالة لا تكون إلا فيما يحصل فيه نفع للجاعل حين الترك لو ترك، بخلاف الإجارة ولهذا لا يجوز أن يجاعله على حفر بئر إلا في الموات.

وبقولنا: حين الترك؛ اندفع ما يقال: قد صرحوا بجواز المجاعلة على حمل خشبة مع أنه إذا تركها في أثناء الطريق وحملها ربها بنفسه لا يستحق شيئا وحينئذ فلا شك أنه حصل له نفع فكان ينبغي أن لا تجوز المجاعلة؟

وحاصل الجواب: أنه حين الترك لم يحصل للمجاعل نفع بل ربما كان ذلك ضررا عليه. قاله «خ».

ولما تكلم على الممنوع والجائز ذكر المكروه بقوله:

● ص:

وكره إجارة حلي ومستأجر لمثله.

● ش:

يعني: أنه يكره إجارة الحلي بذهب أو فضة أو غيرها نقدا أو إلى أجل؛ لأن عمل السلف إعارته لا إجارته؛ لأنهم كانوا يرون أن إعارته زكاته، والمراد الحلي الجائز وأما المحرم فتحرم إجارته.

و(حلي) يحتمل أنه مفرد فيكون بفتح الحاء وسكون اللام ويحتمل أنه جمع فيكون بضم الحاء وكسر اللام.

و(مستأجِر) بكسر الجيم عطف على (حلي) أي: وكره إجارة مستأجر لمثله قطا أو غيره فلا خصوصية للفظ في الأصل والفظ الغليظ، ولا فرق في ذلك بين الدابة والثوب والكتب ونحو ذلك.

قال «خ»: ومثل الدابة الثوب، وينبغي أن تكون الكتب مثل الثياب لاختلاف استعمال الناس فيها خلو إكراها فالضمان على المكتري الأول في الثوب دون الدابة وهل الضمان ضمان تهمة فيزول مع البينة وهو الذي ينبغي أم لا ومحل الكراهة في كراء دابة الركوب ما لم يضطر لذلك لتعذر ركوبه مثلا فإن حصل ضرورة فلا. اهـ.

ومحل الكراهة أيضًا إذا جهل حال المكري، أما إن علم رضاه فجائز وإن علم عدم رضاه لم يجز ومحل الكراهة في الدابة أو استأجرها للركوب، أما إن استأجرها للحمل فيجوز كراؤها مثله.

وبعبارة: من استأجر دابة لركوبه يكره له أجارتها لمثله خفة وأماتة ولا ضمان عليه إن ضاعت بلا تفريط أو ماتت وإن أكراها لا قط منه أو أقل أماتة ضمن ومن استأجر ثوبا للبسه يكره له أن يكريه لمثله ولكونه مما يغاب عليه يضمنه الأول إلا لبينة على تلفه بلا تفريط من الثاني؛ لأن ضمان التهمة يزول بالبينة.

● ص:

وعلى تعليم علم.

● ش:

أي: تكره الإجارة على تعليم العلم الشرعي الشامل للفقه والفرائض والتفسير والحديث مخافة أن يقل طلب العلم الشرعي والمطلوب نشره حسب الأمكان والته من نحو وبيان كذلك وأما الأجرة على تعليم علم الفرائض بالرسم فلا يكره؛ لأنه صنعة من الصنائع. قاله «خ».

قال في المدونة: وأكره الإجارة على تعليم علم الشعر والنحو وعلى كتابة ذلك وإجارة كتب فيها ذلك أو بيعها وقد كره مالك لبيع كتب الفقه فكيف بهذه وما كره بيعه فلا تجوز إجارته. انتهى. أي: جواز مستوي الطرفين بدليل ما قبله والفقه لغة الفهم وفي الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتب من أدلتها

التفضيلية. اهـ كلام «خ».

وقوله: (وعلىٰ تعليم علم) قال «حش»: أي الشرعي كما هو موضوع الكتاب، والمراد عند الإطلاق من باب الشيء إذا أطلق انصرف للفرد الكامل.

ابن يونس: الصواب جواز الإجارة علىٰ تعليم ذلك اللخمي لا أري أن يختلف اليوم في جواز ذلك؛ لأن حفظ الناس وإفهامهم نقصت وقد كان كثير ممن تقدم ليس لهم كتب.

قال مالك: لم يكن للقاسم ولا سعيد كتب، وقد قلت لابن شهاب: أكنت تكتب العلم؟ فقال: لا، فقلت: أكنت تسألهم أن يعيدوا عليك الحديث؟ فقال: لا. اهـ. وقد علم منه أن المسألة خلافية.

ثم شبه في الكراهة قوله:

● **ص:**

كبيع كتبه واجارتها.

● **ش:**

ضمير كتبه للعلم الشرعي وضمير إجارتها للكتب.

يعني: أنه يكره بيع العلم كتب العلم الشرعي ما لم يكن مفلسا كما مر في الفلس من أنه جائز لضرورة الغرماء.

وكذا يكره إجارة كتب العلم الشرعي للنظر فيها أو علىٰ كتابتها وما سبق لابن يونس والخمي يجري هنا. قاله «حش».

وقال «دص»: قال بعضهم: يجوز بيع الكتب الآن؛ لأن حفظ الناس له وإفهامهم نقضت كثيرا حتىٰ أن صاحب الكتاب قد ينسي ما كتبه فيراجع كتابه وفي بيع الكتب انتشرا العلم وسبب لحفظه وصونه، وتكره الإجارة علىٰ القراءة، كما في «دك».

فائدة:

بيع الكتب يرث الفقر وشراؤها يرث الغنائم.

عطف علىٰ ما سبق قوله:

● ص:

وعلى الآلات.

● ش:

أي: وكذا تكره الإجارة على ضرب الآلات كالدف والمعزف والمزمار ولو كانت مباحة شرعا كالدف في خصوص النكاح، ولا يلزم من إباحة الشيء إباحة أجرته.

وأما الآلات المحرمة فتحرم الأجرة عليها فقوله: (إلا المحرم) راجع لهذه وما بعدها.

والدُّف بضم الدال وقد تفتح، وهو طبل مدور مغشى من جهة كالغربال يسمى في العرف بالطار، فإن غشي منهما وكان مربعا فهو المزهر.

والمعزف واحد المعازف، قال بعضهم: المعزف نوع من أنواع العيدان.

وقال الجوهري: المعازف الملاهي، فيشمل المزمار والأعواد والسنطير والنفير ويشمل الأوتار والمزاهر.

والراجح أن الدف والكبر والمزمار جائزة في العرس وهو خصوص النكاح، ويكره أخذ الأجرة عليها وأن ما عداها حرام في العرس وغيره فيحرم أخذ الأجرة عليها.

والحاصل: أن الجميع في غير النكاح حرام فيحرم كراؤها، وأما في النكاح فلا يجوز إلا الدف والكبر والمزمار مع كراهة الكراء، وأما غير هذه الثلاثة فيحرم في النكاح كإجارته فيها.

● ص:

وتعليم الألحان إلا المحرم.

● ش:

عطف على الملاهي أي: أنها تكره الإجارة على الملاهي وعلى تعليم الألحان في القرآن أو غيره إلا المحرم من الملاهي والألحان فتحرم الإجارة فيما فقوله: (إلا المحرم) راجع لهما كما مر والألحان جمع لحن وهو النظر وتقطيع الصوت بالأنغام على حده المعروف بحيث لا يخرجه عما اجتمعت عليه السبعة وإلا حرم كالقراءة بالشاذ.

● ص:

وبناء مسجد للكراء.

● ش:

عطف على نائب فاعل كره أي: وكره بناء مسجد لأخذ الكراء ممن يصلي فيه؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق ومن اتخاذ المسجد للكراء أن يبني بدار يدخل تحت كرائها.

وكذا يكره السكني فوق المسجد بالأهل وأما بدونهم فلا يكره كما لا تكره السكني بالأهل تحت المسجد سواء بني المسجد للكراء أو لا، ومحل كراهة السكني بالأهل فوق المسجد إن بني المسكن قبل وقفه، وأما إن بني بعده فتحرم ذكره الأصل وشراحه ولم يذكره «المص»؛ لأنه سيأتي في إحياء الموات؛ ولذا اعتذرا «الش» عن عدم ذكره بقوله: وسيأتي السكني فوقه في إحياء الموات.

وذكر الأصل وشراحه أنه يكره للمسلم أن يكري عبده أو دابته أو نفسه أو ولده لكافر حيث كان الكافر يستبد بعمل المسلم ولم يكن تحت يده ولم يكنزه في فعل محرم، فإن لم يستبد الكافر بعمل المسلم كخياط يرد عليه المسلم والكافر فيجوز وإن كان تحت يده كأجير خدمة بينة يقدم له الطعام ويغسل له يديه منه ويجري خلفه حرم كظئر ترضع ولده وفسخت الإجارة وللمسلم أجرة ما عمل.

وكذا إذا استأجره في محرم كعصر خمر ورعي خنزير ولكن يتصدق بالأجرة على المسلم أدبا له. اهـ.

ولم يذكر ذلك «المص» لتقدمه في العارية؛ ولذا اعتذر «الش» عن عدم ذكره بقوله: وسبق إجارة العبد ونحوه للكافر أوائل العارية.

● ص:

بمنفعة تؤثر.

● ش:

هذا راجع؛ لقوله أول الباب: (الإجارة كالبيع) والباء بمعنى في، أو للسببية، متعلقة بمحذوف؛ أي: أن الإجارة كالبيع فلا تصح إلا بعاقد وثمن أي: أجر يدفع في مقابلة منفعة أو بسبب منفعة تتحصل للمستأجر ولهذه المنفعة شروط:

الأول: أن تؤثر أي: تتأثر الذات باستيفائها تأثرا شرعيا يقع في مقابلة الأجرة التي هي كالغنيمة للذوات والمؤثرة هي المتقومة فلا يجوز استئجار طعام لتزيين حانوت ولا تفاحة لشمها؛ لأن تأثيرها من مرور الزمن فقط كما في الخَرَشي وغيره، وليس ناشئا عن الاستيفاء من حيث أنه استيفاء.

وكذا لا يجوز استيفاء ما يمشي به في الرفق للزينة كحمل المزيت وشمع القاعة المعروف بمصر لعدم التأثر والتقويم وكذلك كلما لا يعرف بعينه فإنه لا يجوز استئجاره خشية السلف بزيادة الأجرة. قاله «خ». وقال أيضًا: وانظر حكم من استأجر مسكا أو زباد للشم هل هو مثل استئجار التفاحة للشم ونحوه وهو الظاهر.

وبعبارة: يشترط في المنفعة أن تتقوم أي: تكون لها قيمة شرعا لو تلفت احترازًا عن رائحة الرياحين ونحوها فلا يجوز استئجارها للشم.

وكذا البساتين ونحوها للفرجة والدنانير ونحوها للتزيين الحوانيت والجدران للاستظلال والسراج للاستصباح وكذا الآن اللهو وتعليم الأنغام إذ لا قيمة لها شرعا فلا تصح إجارة ما ذكر وتفسخ إن وقعت ولا أجرة.

وقيل: معنى تقويمها: أن تكون مملوكة على وجه خاص بحيث يمكن منعها ووهن الذات المستوفي منها احترازًا من استضلال أو شمس بغلاة فلا تقوم المنفعة لعدم ملكها ومن ثم الرياء حين فإن رب الرياء حين لا يمكنه منع رائحتها.

وكذا الاستضاءة بنور مصباح خرج من ملك ربه أو استقاد بنار كذلك أو زينة بدنانير مسكوكة إذ لا يحصل باستيفائها وهن لذات الدراهم.

وأشار للشرط الثاني بقوله:

• **ص:**

قدر على تسليمها.

• **ش:**

قدر بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير يعود على المنفعة والجملة صفة أخرى لمنفعة كجملة تؤثر.

يعني: أنه يشترط في تلك المنفعة أن تكون مقدورا على تسليمها فلا تجوز

الإجارة على إخراج ألحان مثلا وقيد ذلك بما إذا لم بحرب بقعه فإن جرب جاز إذا كان بالعربية ومثله ما عرف معناه أو أخذ عن ثقة صالح.

وكذا لا تجوز الإجارة على تحصيل أبق أو بعير شارد أو شيء غير مملوك للمؤجر أو بعيد الغيبة أو المغصوب ونحو ذلك من كل ما لا قدرة له على تحصيله.

وبعبارة: يشترط في المنفعة أن تكون مقدورا على تسليمها حسا فلا تجوز إجارة الأعمى للخط والأخرس للكلام وشرعا فلا يجوز الإجارة على إخراج الجان وعلى الدعاء وعلى حل المربوط ونحو ذلك لعدم تحقق المنفعة؛ ولذا قيل بالجواز إذا تحققت المنفعة بحسب التجارب إن كان يرقيه بالقرآن أو بلفظ عربي فإن كان يرقيه بالعجمية لم يجز على خلاف في ذلك، وكان بعض الأشياخ يقول: إن تكرر منه النفع جاز وإلا فلا.

وكذا لا تجوز الإجارة على تعليم الغناء، قال بعضهم: إن حصل منه تهيج للعشق حرم وإلا فلا أقل من أن يكون مكروها، وأما الإنشاد على الذكر، فقال بعضهم: إن كان من كلام الغرم أو غيره ويسبق للحمل على الذكر جاز وإلا فلا.

وكذا لا يجوز الاستئجار الحائض أو النفساء على كنسي المسجد لعدم القدرة على التسليم شرعا.

وكذا لا تجوز الإجارة على صنع آنية أو آلة من نقد ولا على عصر خمر ورعي خنزير ولا على رقص فمن الحرام الرقص والمشي على حبل أو أعواد ونحو ذلك من اللعب الذي يقع في الأفراح.

وكذا لا يجوز استئجار جارية للغناء لعدم القدرة على التسليم شرعا.

وأشار للشرط الثالث بقوله:

● **ص:**

بلا قصد استيفاء عين لا شجر لأخذ ثمره إلا يسيراً في أرض لم يبد صلاحه في وجيبة للضرر.

● **ش:**

الباء متعلقة بمحذوف صنعة أخرى لمنفعة أي: بمنفعة كائنة بلا قصد استيفاء

. عين أي: ذاته.

يعني: أنه يشترط في المنفعة أن لا يقصد فيها استيفاء عين فلا تستأجر بقرة للحرث وأخذ لبنها قصدا فإن الحرث منفعة واللبن عين، ولا تستأجر الأشجار لأكل ثمرها ككراء البساتين بمصر؛ لأنه بيع للثمر قبل بدو صلاحه، ولا شاة لأخذ نتاجها أو صوفها؛ لأن فيما ذكر استيفاء عين قصدا، ويستثنى من ذلك الاسترضاع وكراء أرض بها عين أو بئر والشاة للبنها بالشروط الآتية؛ لأن فيما ذكر استيفاء عين قصدا وهو اللبن والماء.

وقوله: (إلا يسيرًا في أرض) مستثنى من منع استئجار الشجر لأخذ ثمره في قوله: (لا شجر لأخذ ثمره) أي: أنه لا يجوز استئجاره الأشجار لأخذ ثمارها إلا الشجر اليسير في أرض أو دار بأن كانت قيمة ثمرته بعد إسقاط كلفتها منها الثلث أي: ثلث المجموع منها ومن كراء الأرض وحدها فيجوز بالشروط الآتية؛ لأنه حينئذ تابع غير مقصود كان تكون قيمة الثمرة في ذاتها بعد إسقاط كلفتها خمسة وكراء الأرض أو الدار عشرة فلو كانت قيمة الثمرة ستة أو أكثر لم يجز لزيادتها عن الثلث، ولابد في الجواز من عدم بدو الصلاح في الثمر وإلا لم يجز كما أشار لذلك بقوله: (لم يبد صلاحه)، ولابد أيضًا من أن يكون طيب الثمرة في مدة الكراء كما في «دك».

ويشترط أيضًا أن يكره دخول الشجر في الأرض أو الدار في كراء وجيبة فإن اكتريت الأرض أو الدار مشاهدة لم يجز إدخال شيء في كرائها وإلى هذا أشار بقوله: (في وجيبة).

ويشترط أيضًا أن يكون إدخال الشجر في كراء الأرض أو الدار لدفع الضرر بدخول رب الشجر عليه في الأرض أو الدار التي اكتراها وإلى هذا أشار بقوله: (للضرر) وهو متعلق بمحذوف يفهم من الاستثناء أي: إلا يسير فيجوز للضرر مع بقية الشروط المذكورة.

وعلم مما قررنا أن الثلث هذا من حيز اليسير في الشجر وهو كذلك، فقد قال «الش» عن ابن رشد: الثلث من حيز اليسير إلا في ثلاث: الجوائح وحمل العاقلة

ومعاقلة المرأة للرجل.

ونظم ذلك ابن غازي في تكميل التقييد بقوله:

فالثلث نزر في سوى المعاقلة   ثم الجوائح وحمل العاقلة

وأما الزرع فلا يجوز إدخاله في كراء الأرض إلا إذا نقص عن الثلث، ولذا قال «الش»: ولا يبلغ بالزرع الثلث، كما في الخَرَشي وغيره.

وبعبارة: أن من اكترى أرضا أو دارا فيها شجر مثمر فاشترط المكتري إدخال الشجر المذكور في عقد الكراء جاز حيث كانت قيمته الثلث فأقل بأن يقال: ما قيمة كراء الأرض بلا شجر؟ فيقال: بعشرة مثلا، فيقال: وما قيمة الثمرة منفردة بلا أرض بعد إسقاط الكلفة؟ فيقال: خمسة، فيعتبر الثلث بالتقويم لا بما اكتريت به العين؛ لأنه قد يزيد وينقص فإن زادت قيمة الثمرة على الثلث لم يجز ولو شرط منه قدر الثلث فأقل ولو لم يقع اشتراط دخول الشجر فلا يدخل في عقد الكراء بل هو للمكري واغتفر الثلث ليسارته ولدفع الضرر بالدخول الشجر وهذا كله بالنسبة للثمر وأما الزرع فلا يفتقر اشتراطه إذا كان ثلثا.

قال فيها: ومن اكترى أرضا فيها زرع أو بقل لم يطب لم يجز فإن كان تافها جاز ولا أبلغ بهذا الثلث. انتهى.

والفرق بين الأصول والزرع أن الزرع أخفض من مرتبة الأصول، ألا ترى أنه لا يجوز مساقاته إلا بشرط، ومنعها ابن عبدوس رأسا، فجواز اشتراطه مقيس على جواز مساقاته، ومساقاته مقيس على مساقاة الأصول، فهو مقيس على مقيس، كما قاله أبو الحسن على المدونة.

● **ص:**

بل للتجفيف عليه.

● **ش:**

بل للإضراب عن قوله: (لأخذ ثمره).

يعني: أنه لا يجوز استئجار شجر لأخذ ثمره إلا ما مر بل يجوز استئجاره لتجفيف نحو الثياب عليه على الأحسن عند ابن عبد السلام؛ لأن الانتفاع به على

هذا الوجه مما يتأثر به وينقص قوته فالمنفعة فيه مؤثرة.

ثم شبه في الجواز قوله:

● ص:

كمصحف لقراءة وأرض مغمورة بلا شرط النقد ووجب شرط الانكشاف إن ندر.

● ش:

يعني: أنه يجوز إجارة المصحف للقراءة فيه؛ لأن أوراقه وكتابته تتأثر بالقراءة فيه مال يجعله متجرا أو الإكراه أو حرم وهو الظ وكما تجوز إجارة المصحف يجوز بيعه فقد بيعت المصاحف في أيام عثمان رضي الله عنه فلم ينكر أحد من الصحابة ذلك فكان إجماعا ومنع ابن حبيب إجارة المصحف دون بيعه؛ لأن إجارته كأنها ثمن للقراءة وبيعه ثمن للرق والخط فقط وكذلك تجوز إجارة الأرض المغمورة بالماء إذا لم يشترط في العقد نقد الأجرة فإن اشترط النقد لم يجز وإن حصل النقد بلا شرط فالمفهوم من «المص» الجواز.

وفي «خ»: إن جواز إجارة الأرض التي غمرها الماء بشرط عدم انتقاد الأجرة فمتي وجد النقد ولو تطوعا وجد المنع ثم إن ندر انكشاف تلك الأرض وجب شرط الانكشاف، فإن لم يشترط الانكشاف لم تجز إجارتها.

والحاصل: أن الأرض إذا كانت لا تنكشف أصلًا فلا نزاع في المنع وإن شأنها غلبة الانكشاف فلا نزاع في المنع والجواز وإن ندر انكشافها ففيه خلاف والراجح الجواز لكن يجب شرط الانكشاف.

● ص:

وكشياه كثرت عرف وجه حلابها مدة في إبانة.

● ش:

عطف على كمصحف المشبه بما قبله في الجواز.

وقوْله: (كثرت) أي: كعشرة.

قال «الش»: في الرماصي أنه أخذ لبنها كلها معترضا على من قال: شاتين منها. اهـ.

ومعنى كلام الرماصي: أن فرض المسألة في من استأجر الشياه لأخذ لبنها كلها

لا في من استأجرها لأخذ لبن شاة أو شاتين منها، واعترض على من خص الجواز بكون المأخوذ منها لبن شاة أو شاتين فقط.

وهذه المسألة مستثناة مما فيه استيفاء عين قصد، أو قيل: إنها ليست من باب الإجارة؛ لأن هذا بيع ذات وهو اللبن، والإجارة بيع منافع.

يعني: أنه يجوز استئجار شياه لأخذ لبنها بشروط:

الأول: أن تكثر الشياه كعشرة كما أشار له بقوله: (كثرت) أي: الشياه.

الثاني: أن يعرف وجه حلابها بأخذ لبنها أي: يعرف قدره بأخذ اللبن أي: حلبه من ضروعها ليعلم البائع قدر ما باع ويعلم المشتري قدر ما اشتري، وإلى هذا أشار بقوله: (عرف وجه حلابها) أي: قدره.

الثالث: أن يستأجرها مدة لا يتغير فيها اللبن كثلاثة أشهر فلابد من تحديد ذلك بمدة لا ينقص اللبن قبلها عادة وإلى هذا أشار بقوله: (مدة) فمدة ظرف لمقدر مجرور بكاف التشبيه؛ أي: وكاستئجار شياه مدة.

الرابع: أن يكون استئجارها في إبانه أي: إبان الحلاب وهو زمن الربيع، وزيد على ذلك بشروط ثلاثة:

الأول: الشروع في الأخذ يوم العقد أو قربه.

الثاني: أن تكون متساوية في اللبن عادة.

الثالث: أن يكون المأخوذ منها لبن شاة أو شاتين.

وقد عرفت اعتراض الرماصي على من اشترط هذا الشرط، والموضوع أن أخذ اللبن من الشياه على الخراف، وأما إن وقع على الكيل ككل يوم رطلين من لبن شياهك بكذا فيجوز أيضًا، لكن لا يشترط الشرط الأول وهو كثرة الشياه بل ولا تعددها.

● ص:

لا في معين كركعتي فجر، بخلاف الكفاية غير صلاة الجنازة.

● ش:

الأظهر أن قوله: (لا في معين) عطف على محذوف أي: أنها تجوز الإجارة فيما سبق ونحوه من كل ما ليس معينا على الشخص لا في المعين... إلخ، والمعين هو

ما لا يقبل النيابة وهو ما طلب من كل شخص بعينه ولو غير فرض ومن المتعين الفتوىٰ إن انفرد بها واحد في قطر فلا يجوز له أخذ الأجرة عليها لا إن لم ينفرد فيجوز له ذلك لعد تعينها عليه ومثل بركعتي الفجر ليعلم أن الفرض لا تصح فيه الإجارة بالأولىٰ وأدخل بالكاف ركعتين قبل الظهر أو بعده أو بعد المغرب أو صوم يوم عاشوراء ونحو ذلك.

يعني: أن الطفل الذي يتعين فعله علىٰ المكلف بنفسه ولا يجزي فيه فعل غيره عنه سواء كان واجبا أو غير واجب كركعتي الفجر لا تصح فيه الإجارة، بخلاف الكفاية كغسل الميت ودفنه والآذان فتصح الإجارة فيها إلا صلاة الجنازة فلا تصح الإجارة فيها لشبهها بالصلاة كما في «بن» وحاشية الخَرَشي وغيرها، والكفائي إذا تعين صار كالعيني الأصلي فلا تصح الإجارة عليه.

• ص:

ولا خدمة حائض مسجدا.

• ش:

عطف علىٰ معين؛ يعني: أنه لا يجوز إجارة حائض أو نفساء لخدمة مسجد ككنسه لعدم القدرة علىٰ تسليم المنفعة شرعا كما مر، نعم إن كانت الإجارة متعلقة بذمتها فيجوز لها أن تقيم من يخدم المسجد عنها نيابة للضرورة.

وكذا لا تجوز الإجارة علىٰ تعليم الغِناء بكسر الغين والمد، ومثله آلات الطرب كالعود والمزمار؛ لأن ثبوت الملك علىٰ العوض فرع ثبوته علىٰ المعرض ولخبر: «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»[1]، ذكره الأصل وشراحه هنا وتقدم في المكرهات مبسوطا.

• ص:

ولا دار تتخذ كنيسة كالبيع وتصدق بجميع الكراء وفضلة الثمن.

• ش:

عطف علىٰ معين أيضًا؛ يعني: أنه لاي جوز لمسلم إجارة داره لمن يتخذها

(١) أخرجه ابن الجعد في مسنده (٣٣١٩).

كنيسته أو خمارة أو مجمعا لفساق وكذلك لا يجوز بيعها لذلك ويفسخ متي أطلع عليه فإن فات باستيفاء المنفعة أو بعضها فيتصدق بجميع الكراء الحاصل مما ينوب الزمن كله أو بعضه حيث فسخ في الأثناء ويتصدق بفضلة الثمن على فرض بيعها لغير لذك أي: يتصدق بالزائد على الثمن لو بيعت لمباح فيقال: ما ثمن هذه الدار أو الأرض لمن يتخذها كنيسة أو خمارة مثلا؟ فإذا قيل: خمسة عشر، قيل: وما ثمنها لو بيعت لمن يتخذها مسجدا مثلا؟ فإذا قيل: عشرة، علم أن فضلة الثمن خمسة فيتصدق بها.

والفرق بين الكراء والبيع أنه لما كان يعود للمكري ما أكراه لم يكن عليه ضرر كثيرة فلذلك لزمه التصدق بجميع الكراء، بخلاف البائع فإنه لا يعود إليه ما باعه فلو وجب عليه التصدق بالجميع لا يشتد ضرره.

وقد أشار «الش» لهذا الفرق بقوله: والفرق أنه رجع إليه عين شبيه في الكراء؛ أي: بخلاف البيع فإنه لم يرجع إليه عين شبيه فلذلك تصدق المكري بالجميع والبائع بالزائد فقط والأرض كالدار في أنه يتصدق بالكراء جميعه، وقيل: يتصدق في كراء الأرض بالزائد كما في البيع، والفرق على هذا أن الدار لما كانت لا ينتفع بها إلا بعد بنائها غالبا فكان الدراهم إنما وقعت في مقابلة ذات البناء وأما الأرض فإنه ينتفع بها من غير بناء فالمنفعة فيها هي المقصودة بالإجارة.

وعلم مما قررنا أولًا أن قوله: (ويتصدق بجميع الكراء) راجع لقوله: (ولا دار تتخذ كنيسة) وهي مسألة الكراء.

وقوله: (وفضلة الثمن) راجع لقوله: (كالبيع) فهو لف ونشر مرتب.

● ص:

وعين متعلم ورضيع.

● ش:

المراد بالـ(متعلم) نم قف أراد وليه تعليمه قراءة أو غيرها؛ لأنه حال عقد الإجارة لم يكن متعلما حقيقة كما هو.

يعني: أنه يجب أن يعين في عقد الإجارة الصبي المتعلم لقراءة وكتابة أو صنعة

وكذا يعين الرضيع لاختلاف حال المتعلم بالذكاء والبلادة ولاختلاف حال الرضيع بكثرة الرضاع وقلته وإنما اشترط التعين ليخف الجهل ولا يشترط اختبار الحال. قاله «الش».

وقوله: ليخف الجهل؛ إشارة إلى أنه لا يزول بالمرة ويشير لذلك قوله: ولا يشترط اختبار الحال؛ فإن الاختبار لإزالة الجهل عفوا عنه فهو نظير ما سبق من أن تقليل النجاسة مطلوب وأنه يعفي عما يعسر.

وما قاله «الش» سبقه إليه الزرقاني حيث قال: ولا يلزم اختبار حالهما لا مكان علم ذلك بالنظر إلى ذات الصبي الرضيع من نحو له وقوته وكبره وصغره والمتعلم يعلم غالبا ذكاؤه وبلادته بالنظر إليه. اهـ.

وقوله: (وعين) أي: بالرؤية أو بالوصف كما تفيده المبالغة الآتية فإنها راجعة لهذا وما بعده، فإن لم يحصل تعيين فسد العقد في جميع المسائل.

● ص:

وكدار.

● ش:

عطف على متعلم وأدخل بالكاف والحانوت والحمام وألحان ونحو ذلك أي: وكذلك يجب تعيين الدار المكتراه والحمام والفرت والخان ولو بالوصف إذ لا يصح أن يكون العقار في الذمة فلابد من ذكر الموضع والحدود ونحو ذلك مما تختلف به الأجرة وأما السفينة فلا يجب تعيينها كذا قالوا ولكن ينبغي حمله على السفن التي تكري لحمل المتاع أما لسفر الشخص بنفسه فيتعين كالدور والضابط عدم التفاوت في الأغراض، كما في «حش».

● ص:

وبناء على كجدار وغرس.

● ش:

عطف على نائب فاعل عين أيضًا أي: وكذلك يجب تعيين البناء على كجدار وعامود اكتراه للبناء عليه فمن اكتري جدارا ليبني عليه بناء فلا بد من تعيين قدر

البناء طو وعرضا وكونه بالطوب أو بالحجارة أو بغير ذلك، بخلاف كراء الأرض للبناء عليها فلا يشترط تعيين ما يبني فيها من حجر أو طوب.

وكذا يجب تعيين الفرس في الأرض المكتراه للفرس؛ لأن بعض الأشجار أضر من بعض، فإن لم يعين الفرس فسدت الإجارة إن تفاوت الضرر في الفرس ولا عرف لأهل البلد يصار إليه فإن كان لهم عرف عمل به وإلا تفسد، والفرس بمعنى المفروس.

● ص:

ومحمل وإن بوصف.

● ش:

عطف على ما سبق أيضًا، وكذا يجب تعيين المحمل إذا أكراه ليركب فيه وهو بفتح أوله وكسر ثالثه ما يركب فيه من شقه أو شقذف أو محفة أو جمعت وإنما وجب تعيينه؛ لأنه يختلف بحسب السفه والضيق والطول والقصر والمتانة وغير ذلك وأما بكسر أوله وفتح ثالثه فعلاقة السيف.

وقوله: (وإن بوصف) مبالغة في التعيين وهو راجع للجميع كما مر ولا يتصور في البناء غيره فلا يمكن فيه إلا الوصف لكونه غير موجود عند العقد وأما غيره فيمكن فيه النظر والوصف فيجب أحدها.

قال اللخمي: لو وصفوا سن الرضيع من غير اختبار رضاعه جاز فقد الإجارة عليه.

● ص:

وصنف كالدابة وهي مضمونة إلا بالإشارة.

● ش:

عطف على متعلم ويندرج في الصنف الذكورة والأنوثة والتعبير بالصنف أحسن من التعبير بالجنس أو النوع؛ لأن الجنس هنا هو مطلق الحيوان والنوع هو بعض أفراد ذلك الجنس كالخيل والبغال والحمير والإبل والصنف هو بعض أفراد ذلك النوع كبرزون وعربي وبحت أو عراب وذكورة وأنوثة ويلزم من تعيين الصنف تعيين النوع والجنس؛ لأن الصنف أخص من النوع والنوع أخص من الصنف فعبارة «المص» أحسن من عبارة الأصل وقد علمت أن الوصف في هذا الباب يقوم مقام

التعيين بالرؤية كان يقول له دابتك البيضاء أو السوداء ونحو ذلك لكن لا يخرجها من الضمان إلى التعيين إلا الإشارة الحسية كما يأتي إيضاحه ومع تعيين صنف كالدابة لابد من معرفة كيفية سيرها.

قال ابن عبد السلام: ولابد من معرفة سيرها سرعةً وبطئًا، يبسًا وليونةً، لقول مالك: رب دابة المشي خير من ركوبها.

و(صنف) مضاف للكاف؛ لأنها بمعنى مثل، وأدخل بها السفينة.

والمعنى: إن من اكترى أتانا أو فرسا أو بعيرا أو سفينة أو نحو ذلك فإنه لا بد في صحة إجارة عقد الإجارة من بيان صنف ما ذكر من برزون أو عربي أو تحت أو عراب أو ذكورة أو أنوثة وهي مع تعيين الصنف مضمونة ولو قال: دابتك التي عندك أو سفينتك التي عندك ولو كانت حاضرة مشاهدة وليس له دابة أو سفينة غيرها فلا تخرج من الضمان إلى التعيين إلا بالإشارة إليها إشارة حسية أو بال العهدية كاكتريت منك دابتك هذه أو سفينتك هذه أو التي تنفسك بالأمس، وقد قال له: اكتريتك لتخيط لي هذا الثوب أو لتبني لي هذا الحائط، فهو مضمون حتى يقول: بنفسك.

والفرق بين المعينة والمضمونة أن المعينة تنفسخ الإجارة بتلفها والمضمونة لا تنفسخ إجارتها بذلك وعلى ربها أن يأتي ببدلها.

والحاصل: أن الدابة أو غيرها إذا اكتريت لركوب أو غيره فلابد في صحة عقد الإجارة عليها من التعيين بالذات أو بالوصف إلا أنها إذا عينت بالإشارة انفسخت الإجارة بتلفها وإلا فلا وعلى ربها بدلها ولو قال: دابتك البيضاء أو الحمراء، وليس له غيرها لاحتمال إبدالها ما لم يقل هذه أو التي رأيتها معك بالأمس بعينها.

● ص:

وليس لراع رعي أخرى إن لم يقو إلا بمشارك ولم يشترط خلافه وإلا فكأجير الخدمة يؤاجر نفسه لمؤجره أخذ الأجرة أو يسقط من الأولى بنسبة ما تنقص الثانية.

● ش:

يعني: أن من استؤجر على رعي عدد كثير من الغنم مثلا فليس له أن يرعى معها

غنما أخرى لغير ربها إن لم يقو على رعي الأخرى معها لكثرتها فإن قوي على رعي الجميع جاز كأن قلّت الغنم، وإلى هذا أشار «الش» بقوله: وجاز إن قوي كأن تقل؛ أي: الغنم.

وهذا في راع استؤجر على عدد معلوم ولم تملك جميع منافعه أما راع ملك جميع عمله فأجير خدمة ليس له ذلك مطلقًا قوي أو لا، ومن هنا منفعة الطير من إرضاع ثان ولو قويت؛ لأن الشأن أنها تنضم للمعائلة فتكون كأجير الخدمة.

وقوله: (إلا بمشارك) مستثنى من قوله: (وليس لراع... إلخ) أي: أنه ليس للراعي أن يرعى غنما أخرى غير الأولى إلا بمشارك يعاونه على الرعي فله رعي الأخرى مع الأولى إن لم يشترط عليه رب الأولي خلافه أي: لم يشترط عليه عدم رعي غيرها معها بأن سكت أو شرط له أن يرعى غيرها معها فإن اشترط عليه عدم رعي أخرى معها لم يجز له رعي الأخرى ولو بمشارك.

فإن تجري ورعى غيرها معها فأجره الذي يأخذه على رعي الأخرى لمستأجره وهو رب الغنم الأولى كأجير الخدمة يؤاجر نفسه في خدمة أخرى أو في عمل شيء حتى يفوت على المستأجر ما استأجره عليه أو بعضه فإن أجرته الثانية تكون لمؤجره الأول وإن شاء أسقط من أجرته الأولى بنسبة ما نقص بالثانية، فإن لم ينقص شيء من الأولى بالثانية بأن وفى له جميع ما استأجره عليه ولم يفوت عليه شيئًا فلا كلام له على الأجير.

ومحل كون المؤجر له أخذ الأجرة الثانية إذا أجر نفسه فيما يشبه أما إذا خاطر بنفسه في عمل صعب وأخذ عليه أجرا كثيرا فليس للمؤجر إلا المشبه أو يسقط من أجرته بحسب ما فوت عليه.

وقوله: (يؤاجر نفسه) مفهومه: أنه لو عمل مجانا لم يكن لمؤجره أخذ شيء منه، وإنما يسقط من كرائه بقدر قيمة ما عمل وقيل يسقط من كرائه بقدر ما فوته عليه.

وقوله: (وإلا فكأجير الخدمة) مفهوم قوله: (ولم يشترط خلافه) أي: وإلا بأن اشترط عليه عدم رعي أخرى فإنه يكون كأجير الخدمة... إلخ.

● ص:

وعمل بالعرف في رعي الولد وخيط الخياطة وآلة البناء ونقش الطاحون ونحو الإكاف، فإن لم يكن عرف فعلى رب المصنوع والرحى والدابة.

● ش:

يعني: أنها إذا ولدت الغنم أو غيرها بعد عقد الإجارة فإنه يعمل بالعرف في رعي الأولاد فإن كان العرف أن رعيها على الراعي فهو الذي يرعاها مع الأمهات وإن لم يكن العرف أنه على الراعي فعلى ربها أن يأتي براع آخر يرعاها مع راعي الأمهات لدفع الضرر عن راعي الأمهات الذي يحصل له بند ود الأمهات إذا فارقت أولادها لا الحرمة التفريق فإنه خاص بالعقلاء كما مر.

ويجوز لرب الغنم أن يتراخى مع الراعي الأول على أنه يرعى الأولاد ويزيده لذلك أجرة على الأولى ومحل العمل بالعرف إذا لم يكن هناك شرط فإن كان هناك شرط عمل به؛ لأن الشرط مقدم على العرف، فإن لم يكن شرط ولا عرف فعلي ربها أن يأتي براع آخر معه أو يجعل له أجرة لرعي الأولاد وكما قدمنا.

وكذا يعمل بالعرف عند عدم الشرط في خيط الخياطة هل هو على رب الثوب أو على الخياط، فإن لم يكن عرف فعلي رب الثوب كما قال، فإن لم يكن عرف فعلي رب المصنوع.

وكذا يعمل بالعرف في آلة البناء كخشب السقالة التي يقف عليها البناء هل هي على البناء أو على رب الحائط، فإن لم يكن عرف فعلي رب الحائط.

وكذا يعمل بالعرف في نقش الرحا المستأجرة للطحن هل هو على مالك الرحي أو على المستأجر، فإن لم يكن عرف فعلي رب الرحي لا على رب الدقيق كما قيل بذلك.

وكذا يعمل بالعرف في الإكاف ونحو سجام وسرج وحوية ومقود، فإن لم يكن عرف فعلي رب الدابة لا على الراكب، والإكاف بكسر الهمزة هو البزدعه الصغيرة والبزدعة بالذال المعجمة وبالدال المهملة.

وقوله: (فعلي رب المصنوع والرحى والدابة) موزع من باب صرف الكلام لما

يصلح له فالمصنوع من ثوب وجدار راجع لخيط الخياط وآلة البناء والرحى راجع للطاحون والدابة راجع لنحو الإكاف كما أشرنا لذلك في التقرير.

فإن قلت: قد سبق أن رعي الأولاد على رب الأمهات عند عدم العرف وهذا لا يستفاد من «المص».

قلنا: كلام «المص» يفيد ذلك يجعل المصنوع شاملا للغنم التي يرعاها الأجير؛ لأن المراد بالمصنوع كلما للأجير فيه دخل ومزاولة ومعاناة فقوله، فإن لم يكن عرف فعلي رب المصنوع شامل لغنم الرعاية والثوب والجدار فتأمل.

● ص:

وفي السير والنزول، فإن لم يكن فسد إن لم يعين.

● ش:

عطف على قوله: (في رعي الولد) أي: وكذا يعمل بالعرف في أحوال السير ليلا أو نهارا أو نحو ذلك وفي النزول في المنازل وقدر الإقامة بها، فإن لم يكن عرف في ذلك فسد العقد إن لم يعين ما ذكر وقت العقد.

ثم عطف على ما سبق قوله:

● ص:

وفي المعاليق والزاملة.

● ش:

المعاليق جميع معلوت بضم الميم كعصور وعصافير وهو ما يعلقه المسافر بحيث الرحل للاحتياج إليه كوعاء سمن وعسل وزيت والزاملة ما يحمل فيه المسافر حاجته كخرج وكيس ونحو ذلك، أي: وكذا يعمل بالعرف في حمل المعاليق والزاملة، فإن لم يكن عرف لم يلزم المكري حملها ولا يفسخ الكراء.

● ص:

والفرش وتنقيص الطعام وتكميله، فإن لم يكن عرف لزمه المشترط.

● ش:

عطف على المعاليق، أي: وكذا يعمل بالعرف في فرش المحمل هل هو على

المكتري أو على رب الدابة.

وكذا يعمل بالعرف في حمل الفرش والغطاء، فإن لم يكن عرف لم يلزم المكتري في ذلك كله إلا المشترط لا غيره.

وكذا يعمل بالعرف في تنقيص الطعام بالأكل منه في المسافة فإذا استأجره على حمل طعام إلى محل كذا وأراد رب الطعام توفيره بعدم الأكل والبيع فإنه يعمل في ذلك بالعرف وإذا أكل منه ربه أو باع فتنقص بذلك فأراد تكميله بأن يحمل على الدابة قدر ما نقص منه وأراد رب الدابة عدم تكميله بأن يعمل في تكميله وعدمه بالعرق، فإن لم يكن لهم عرف لزم المكري المشترط.

قال في المدونة: وإذا نقضت زاملة الحاج أو نفذت فأراد إتمامها وأبي الجمال حملا على ما تعارفه الناس. اهـ.

قال بعضهم: فإن لم يكن لهم سنة فعليه حمل الوزن الأول المشترط إلى تمام غاية الكراء. اهـ. وهو تفسير لكلام المدونة.

● ص:

كأن ثقل بمطر.

● ش:

تشبيه في لزوم المشترط؛ يعني: أنه إذا استأجر على حمل قنطار إلى بلد كذا فأصابه مطر حتى ثقل بالمطر فلا يلزم المكري إلا حمل الزنة المشترطة، كما قال سحنون.

● ص:

وفي نزع الثوب قائلة.

● ش:

أي: وعمل بالعرف في نزع الثوب كالطيلسان وفي وقت القائلة أو في الليل، والطيلسان بفتح اللام وقد تكسر وتضم وهو ما يلقي على الكتفين.

وبعبارة: من اكترى قميصا أو طيلسانا أو عمامة فإنه يجب عليه أن ينزعه في أوقات نزعه عادة كالليل والقائلة، فإن اختلف العرف في لبسه ونزعه لزم بيان وقت

نزعه أو دوام لبسه، فإن لم يكن عرف أصلًا حملا على دوام اللبس.

• ص:

وإن اعترض نهر فكل تعديته على ربه إلا أن لا يعلموا فالجميع على رب الدابة.

• ش:

يعني: أن من اكترى دابة لحمل متاع إلى موضع كذا فاعترضه نهر كالليل في الطريق فكل من الدابة والحمل تعديته على ربه إلا أن لا يعلموا به وقت الكراء فالجميع على رب الدابة.

وبعبارة: من اكترى دواب لحمل متاعه إلى موضع وفي الطريق نهر لا يجاوز إلا على المركب وقد عرف ذلك كالنيل وشبهه فجواز المتاع على ربه والدواب على ربها وإن كان نجاض في المخائض فاعترضه حملان أي: مطر غذير لم يعلموا به فحمل المتاع على صاحب الدابة وتلك جائحة نزلت به وكذلك إن كان النهر شتويا أي: يكون في الشتاء يحمل أي: يكثر بالأمطار إلا أن يكون وقت الكراء قد علموا جربه وعلى ذلك دخلوا فيكون كالنهر الدائم فحمل المتاع على ربه والدواب على ربها.

• ص:

ولا ضمان على قابض بعقد الإجارة.

• ش:

يعني: أنه لا ضمان على من قبض شيئا بعقد الإجارة إذا ادعى تلفه أو ضياعه كان مما يغاب عليه أو لا، سواء كان القابض مؤجِرا بالكسر كمن يؤجر نفسه لحمل أمتعة أو يحملها على دابته أو مستأجرا كمن يستأجر الدابة ليركبها أو يحمل عليها الأمن حمل نحو الطعام والإدام مما تتسارع إليه الأيدي فيضمن إلا أن يثبت التلف أو الضياع بلا تفريط أو يقرر به بذلك.

وعلم مما قررناه أن كلام «المص» يشمل الأجير كالراعي والحامل لشيء على رأسه أو كتفيه أو على دابته ويشمل المستأجر لدابة اكتراها لركوب أو حمل فلا ضمان عليه.

● ص:

وشرط أن يأتي بسمة الميت فاسد مفسد.

● ش:

(شرط) مبتدأ و(فاسد) خبر و(مفسد) خبر بعد خبر والسمة العلامة التي تدل على الموت كالرأس.

يعني: أن من قبض شيئًا بعقد الإجارة كراعي الغنم ومستأجر الدابة إذا شرط عليه رب الشيء أنه يأتي له بسمة الميت من الغنم دا والدواب وإلا ضمن فإن هذا الشرط فاسد لا يلزم الوفاء به ومفسد للعقد؛ لأنه شرط مناقض لمقتضي العقد فيرد الأجير لأجرة مثله سواء زادت على التسمية أو نقصت إلا أن يسقط الشرط قبل تمام العمل فإن أسقط قبل التمام صحت الإجارة فالإسقاط في أثناء العمل كالإسقاط قبله في أفاده الصحة وأما الإسقاط بعد العمل فلا يفيد.

● ص:

وحلف غير المتهم ما فرط وزاد المتهم وقد ضاع.

● ش:

هذا راجع لقوله: (ولا ضمان على قابض... إلخ).

يعني: أن من قبض شيئًا بعقد الإجارة لا ضمان عليه لكن إن كان غير متهم يحلف ما فرط ولا يحلف على الضياع على أظهر الأقوال وقيل يحلف مطلقًا وقيل لا يحلف مطلقًا وإن كان متهما على إخفائه زاد على ما مر وقد ضاع بأن يقول ما فرطت وقد ضاع أو يقول لقد ضاع وما فرطت.

● ص:

إلا أن يتعدى كربط ببالي الحبال ومشي بالمزال.

● ش:

هذا استثناء من أصل نقي الضمان في قوله: (ولا ضمان على قابض... إلخ).

يعني: أنه لا ضمان على قابض بعقد الإجارة إلا أن يتعدى على ما قبضه كالربط ببالي الأحبال والمشي في المزال، أي: الأماكن التي تنزل فيها الأقدام وتعثر فيها

الدواب كمواضع الزلق وإنما ضمن بما ذكر؛ لأنه غرر فعلي.

وسبق أن الغرر القولي لا ضمان به إلا صرفيا أخذ أجرة وغر بأن قال له: جيد، وهو يعلم أنه رديء فإنه يضمن، فإن لم يأخذ أجرة لم يضمن، وقيل: يضمن مطلقًا، وقيل: لا يضمن مطلقًا أي: أخذ أجرة أو لا، ومن يعلم منه الفرر يعاقب ويخرج من السوق.

ومن الغرر القولي: أن يأتي بشقة لخياط ويقول له: هل تكفني هذه ثوبا؟ فيقول له: نعم ففعلها فلم تكن فلا ضمان على الخياط وإن علم عدم كفايتها، نعم إن شرط عليه بأن قال له: إن علمت أنها تكفي ففصلها وإلا فلا فقال: تكفي وهو يعلم أنها لا تكفي، فيضمن.

ومن التعدي: أن يسرع في البر فيسقط ما حمله على ظهره أو على دابته فيضمن وله من الأجرة بحساب ما سار.

والحاصل: أنه حيث ضمن في المحمولات كان له بحساب ما سار وإن لم يضمن فلا كراء له إلا على البلاغ وأما في المركوبات حيث تلفت فله بحساب ما سار مطلقا.

وبعبارة: من أجر شخصا لحمل وهن أو طعام على ظهره أو دابته فعثر هواء والدابة أو انقطع الحبل فتلف المتاع المشدود به فإن تعدي المكري يربطه برث الأحبال أو مشيه في المزال أو في سوقه نحو الجمال فإنه يضمن وإن لم يتعد فلا ضمان عليه إلا أن يتهم بأن لم يصدقه ربه ولم يصاحبه ولم تقم له بينة فيضمن.

قال في المدونة: ومن استأجرته يحمل لك وهنا أو طعاما فحمله فعثر به فاء هراقه لم يضمن؛ لأن أجير والأجير لا يضمن إلا أن يتعدى فإن كذبته في ذلك وقلت له لم تعثر ولم يذهب لك شيء فهو ضامن في الطعام والإدام وأما في البر والعروض إذا حملها فالقول قوله إلا أن يأتي بما يدل على كذبه. اهـ.

وقال ابن القاسم: لا يضمن الأكريا سائر العروض والأشياء غير الطعام.

وعبارة ابن عرفة: وفيها مع غيرها لزوم ضمان الأكرياء كالطعام والإدام إلا أن تقوم بينة بهلاكه أو يكون مع ربه والسفينة كالدابة.

وعبارة ابن الحاجب: وفي حمل الطعام يضمن مطلقًا إلا بينة أو يصحبه ربه.

● **ص:**

والمصلحة ضمان كحارس الحمام والسمسار.

● **ش:**

أدخل بالكاف الراعي فيضمن ولو مشتركا بين أهل الحارة على خلاف في ذلك كما في «حش» وأدخل لها أيضًا حارث الدار والبستان والزرع والطعام والعروض وغير ذلك كالحقراء والبوابين.

يعني: أن المصلحة العامة ضمان حارس الحمام والنخل والزرع والراعي كما في «بن».

وكذا السمسار الذي يطوف بالسلع في الأسواق ليبيعها فالعهدة عليه إذا ظهر فيما باعه عيب أو استحقاق وأولى في الضمان الملابس؛ لأنهم يأخذون السلع عندهم الصائغ وأولى من نصبوا أنفسهم لذلك لأنهم حينئذ كالصناع فيضمنون ولو ظهر خيرهم وأمانتهم هذا الذي تقتضيه المصلحة وأما أصل المذهب فالحارس مطلقًا سواء كان حارس زرع أو نخل أو كرم أو دار أو طعام أو عرض أو حمام لا ضمان عليه؛ لأنه أمين إلا أن يتعدى أو يفرط ولا عبرة بما شرط وكتب على الحقر في الحارات أو الأسواق من الضمان إذا ضاع منهم شيء؛ لأن ذلك التزام ما لا يلزم.

وكذا البوابون في الحانات وغيرها لا ضمان عليهم حيث لم يفرطوا أو تقدم أن الحمامي لا ضمان عليه فيما ضاع من الثياب ما لم يفرط.

ومن التفريط أيضًا ما لو قال: رأيت رجلا يلبسها فظننت أنه صاحبها.

وأما السمسار الذي يطوف في الأسواق لبيع السلع فلا ضمان عليه إذا ادعى ضياع شيء مما بيده بغير تعديه وبغير تفريط منه إن ظهر خيره وأمانته و إلا ضمن، كذا أفتى ابن رشد، وقيل: لا ضمان عليه مطلقًا، قال عياض: وهو المعروف من قول مالك وأصحابه، قال: لأنهم وكلاء وليسوا بصناع.

وكذا لا عهدة على السمسار فيما باعه من عيب أو استحقاق والتباعة في ذلك على رب المبيع، وقيد بعضهم عدم ضمان السمسار إن ظهر خيره بما إذا لم ينصب

نفسه وإلا ضمن وصار كالصانع وأما الجلاس الذين يأخذون السلع عندهم فعليهم الضمان كالصانع هذا كله أصل المذهب وقد علمت أن المصلحة تضمين الحارس والراعي والسمسار كما قال «المص»، ولم يصح ما ينسب لمالك من قتل الثلث لإصلاح الثلثين.

• **ص:**

وفي أجير الصانع خلاف.

• **ش:**

يعني: أن أجير الصانع الذي يعمل تحت يده هل يضمن ما تلف منه أو لا؟ في ذلك خلاف اقتصر في الأصل على عدم ضمانه؛ لأنه أمينه وظاهر سواء غاب عليه أو كان يعمل يحضره صانعه، وقال أشهب: يضمن ما غاب عليه.

وعبارة «خ»: وعن أشهب في الغسال يكثر عنده الثياب فيؤاجر آخر يبعثه البحر بشيء منها يغسله فيدعي تلفه أنه ضامن.

وقال ابن ميسر: هذا إذا أجره على تحمل أثواب مقاطعة كل ثوب بكذا، وأما إن كان أجره يوما أو شهرا أو سنة فدفع إليه شيئًا يعمله في داره أو غاب عليه فلا ضمان عليه.

• **ص:**

لا نوتي غرقت سفينته بفعل سائغ.

• **ش:**

أي: أنه لا ضمان على النوتي إذا غرقت سفينته بفعل سائغ في سيرها أو حملها وإلا ضمن المال أو الدية ما لم يتعمد القتل وإلا قتل.

وبعبارة: لا ضمان على النوتي وهو خادم السفينة كان ربها أم لا رئيسا أم لا إذا غرقت بفعل سائغ فعله فيها من علاج أو موج أو ريح.

وأما إن غرقت بفعل غير سائغ فيضمن الأموال والدية في ماله على المذهب ما لم يقصد قتلهم وإلا قتل بهم وقيل الدية على عاقلته ولا أجرة للنوتي ولو وصلت غاية وغرقت في المرسى إذا لم تمض مدة يتمكن فيها من إخراج المال.

أما إن انقضت مدة بعد الوصول يمكن صاحب الأحمال أن يخرج إحماله فيها لو

بادر لإخراجها فتوانى فغرقت فلا ضمان عليه؛ لأنه لا تقصير من النوتي وعلى رب الأحمال أجرة السفينة.

• ص:

وضمن يوم التلف إن خالف مرعى شرط أو أنزى بلا إذن.

• ش:

يعني: أن الراعي إذا خالف مرعى شرط عليه فهلكت الماشية أو ضاعت أو أنزى أي: أطلق العمل على الإناث بلا إذن من ربها فماتت من الفحل أو من الولادة فإنه يضمن قيمتها يوم التلف لا يوم أخذها للراعي وهذا ما لم يكن عرف بأن الرعاة تنزي وإلا فلا يضمن بالإنزاء.

ومخالفة المرعى إما في الزمان وإما في المكان.

فالأول كالرعي قبل ارتفاع النداء عن النبات قبل نزول الشمس الصغيرة.

والثاني لقوله: لا فزع بموضع كذا خوف وحوشه مثلا.

ومحل ضمان الراعي فيما ذكر ما لم يكن صبيا ونحوه، وإلا فلا ضمان عليه؛ لأنه أمنه على ذلك. كما في «خ».

• ص:

كالصانع يوم الدفع في مصنوعه.

• ش:

تشبيه في الضمان لكن الضمان هنا يوم دفع المصنوع للصانع إلا أن يرعى عنده بعده.

وقوله: (في مصنوعه) متعلق بمحذوف يفهم من التشبيه أي: كالصانع فإنه يضمن في مصنوعه لا غيره كالظرف الذي فيه الحب مثلا فلا يضمنه ولو احتاج له العمل كالكتاب الذي ينسخ منه ومصنوعة هو ماله فيه صنعة كحلي يصوغه وكتاب ينسخه وثوب يخيطه وخشبة يصنعها كذا أو حب يطحنه.

يعني: أن الصانع إذا ادعى تلف مصنوعه أو ضياعه فإنه يضمن وتعتبر قيمته يوم الدفع إليه إلا أن يرى عنده بعده فلا ضرورية إلا أن يقر الصانع أنه تلف أو ضاع بعد

ذلك وكانت قيمته أكثر إذ ذاك من قيمته يوم الدفع أو الرؤية فيغرمها؛ لأنه أقر على نفسه وأما غير مصنوعه فلا يضمنه ولو احتاج له في عمل المصنوع؛ لأنه آمين في ذلك الغير لا صانع فمن دفع لطحان قمحا في قفة ليطحنه له أو دفع لناسخ كتابا لينسخ له منه آخر فادعي ضياع الكل ضمن القمح دون القفة والكتاب دون المنسوخ منه.

وكذا السيف إذا دفعه له ليصوغ له على نصله ودفع معه الجفن فضاع فإنه لا يضمنه وأولى في عدم الضمان ما لا يحتاج له العمل كأحدي الخفين تحتاج إلى الإصلاح فيدفع الفرد إلى الصانع فتضيع التي لا صنعة له فيها.

وبعبارة: إذا ضمن الصانع فإنما يضمن ذلك الشيء الذي تلف عنده بقيمته يوم دفعه إليه.

قال في الموازية والواضحة: وليس لربه أن يقول أنا أدفع الأجرة وأخذ قيمته معمولا، ابن رشد: إلا أن يقر الصانع أنه تلف بعد العمل.

وقول «المص»: (يوم الدفع) صريح في عدم لزوم الأجرة؛ لأنه ضمن قيمته يوم قبضه غير مصنوع.

● **ص:**

ولو شرط نفيه.

● **ش:**

هذا مبالغة في ضمان الصانع؛ يعني: أن الصانع يضمن مصنوعة ولو شرط الصانع نفي الضمان وهو مفسد للعقد كما سبق في شرط ضمان ما لا يضمن بجامع مخالفة الشرع في كل وإذا فسد بالشرط المذكور فلا صانع أجر مثله.

وأشار لشروط ضمان الصانع بقوله:

● **ص:**

إن انتصب وغاب وإن ببيته أو بلا أجر.

● **ش:**

يعني: أنه يشترط في ضمان الصانع شروط:

الأول: أن ينصب نفسه لعامة الناس فلا ضمان على أجير خاص بشخص أو بجماعة مخصوصين.

الثاني: أن يغيب على الشيء المصنوع وإن ببيته هو لا بيت ربه ولو غائبا أو بحضرته ولو بغير بيته فلا ضمان عليه في ما نشاء من غير فعله كسرقة أو تلف بنار مثلا بلا تفريط ونشأ من فعله مما فيه تقرير كما يأتي.

وقوله: (أو بلا أجر) مبالغة في الضمان أي: أن الصانع إذا انتصب للصنعة وغاب على المصنوع وإن بيته أو حانوته فإنه يضمنه ولو عمله بلا أجر إلا أن يكون في صنعته تقرير كشغب اللؤلؤ ونقش الفصوص.

وكذا الختان والطب فلا ضمان عليه إلا بالتفريط كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

إلا أن يتلف كاللؤلؤ بثقبه.

● ش:

يعني: أن الصانع يضمن مصنوعة إلا أن يتلف كاللولؤ بثقبه أو يتلف الفص بنقشه أو يتلف الخبز بخبزه أو يتلف الثوب بقدر الصباغ فلا ضمان عليه.

وكذا كل ما فيه تقرير كقلع الضرس إلا أن يتعدى فيما ذكر كثقب اللؤلؤة بغير آلته ووضع الخبز بقرب النار ونحو ذلك.

وقوله: (كاللؤلؤة بثقبه) أدخل فيه بالكاف تلف الفص بنقشه... إلخ؛ ما قدمنا.

وقوله: (إلا أن يتلف) استثناء من الضمان وهو إشارة إلى شرط ثالث وهو أن لا يكون في الصنعة تقرير فكأنه قال: إن انتصب وغاب ولم يكن في صنعته تقرير.

ثم عطف على المستثنى بإلا مستثنيات أخذ فقال:

● ص:

أو تقوم بينة على التلف أو يحضره أو يدعو له من قبض الأجرة.

● ش:

يعني: أن الصانع يضمن مصنوعة إلا أن يكون في صنعته تقرير كما مر وإلا أن تقوم له بينة على التلف أو الضياع بلا تفريط سواء دعاه لأخذه أو لا وحيث انتفي

الضمان سقطت الأجرة لعدم التسليم؛ لأنه لا يستحقها إلا بتسليمه لربه وإلا أن يحضره الصانع لربه مصنوعا على الصفة التي شرطها عليه فتركه عنده فادعى ضياعه فإنه يصدق ولا يضمن؛ لأنه خرج عن حكم الإجارة وصار وديعة وإلا أن يدعوه الصانع لأخذه بعد فراغه فتراضي في أخذه فادعى الصانع ضياعه فإنه لا يضمن؛ لأنه صار بعد فراغه وطلبه لأخذه وديعة فلا يضمن إلا بتفريط ومحل عدم الضمان بالإحضار والدعاء للأخذ إذا قبض الصانع الأجرة، فإن لم يقبضها استمر عليه الضمان فقوله: (من قبض الأجرة) تنازعه يحضر ويدعو، أو (من) واقفة على صانع؛ أي: إلا أن يحضره أو يدعوا له أي: لأخذه صانع قبض الأجرة وإنما اشترط قبض الأجرة ليخرج عن مشابهة الرهان؛ لأنه إذا لم يقبضها يكون المصنوع كالرهن فيها فجري عليه حكم الرهن.

تنبيه:

من شروط ضمان الصانع أن يكون المصنوع مما يغاب عليه لا خف عبد يرسله سيده كمعلم فيدعي هروبه فلا ضمان عليه وهذا غير قول «المص» وغاب وإن بيته، والله أعلم.

● ص:

وصدق وحلف إن اتهم راع أنه خاف موت ما زكي أو سرق منه أو أكله حيث جعل له.

● ش:

(صدق وحلف) تنازعا في راع على النيابة عن الفاعل وتنازعا أيضًا قوله: (أنه خاف... إلخ).

وقوله: (إن أتهم) شرط في الحلف كما لابن غرفة، فإن لم يتهم فلا يمين عليه.

وقوله: (ما زكي) أي: ما ذبح أو نحر أي: وجاء بها مزكاة بدليل قوله: (أو سرق منه) لأن العطف يقتضي المغايرة.

يعني: أن الراعي إذا ذكي بعير أو شاة ثم جاء بذلك مذكي وادعى أنه إنما ذكاه خوف موته وخالفه رب المال وقال له: بل تعديت فإنه يصدق في ذلك فلا يضمن ويحلف إن اتهم لا إن لم يتهم.

وكذا يصدق الراعي إن ادعى سرقة ما ذكاه بأن قال: ذبحتها خوف موتها ثم سرقت مذبوحة ويحلف إن اتهم.

وكذا يصدق الراعي إذا ادعى أنه ذكاه لخوف الموت ثم أكله حيث جعل له رب المال الأكل منه.

وكذا إذا جعل له أكل البعض حيث أتي بالباقي وإلا ضمنه، فإن لم يجعل له أكل الكل ولا البعض وادعى الأكل ضمن وأما إذا ادعى الراعي الهلاك أو الضياع أو السرقة فتقدم أن المصلحة تضمينه كالحراس واصل المذهب عدم الضمان كما تقدم مستوفي ومثل الراعي الملتقط فيصدق إذا ادعى خوف موت ما التقطه فذكاه وأما غير الملتقط كالمستعير والمستأجر فليس مثل الراعي فمن استعار أو استأجر ثورا مثلا ثم ادعى خوف موته فنحره أو ذبحه فإنه لا يصدق إلا بينة أو قرينة تصدقه كما تقدم في الصيد وضمن مارا أمكنته زكاته وترك؛ لأن السهم فيه شاهد له والمرتهن والمودع بالفتح والشريك والأجنبي كالمستعير والمستأجر.

وبعبارة: يصدق الراعي والملتقط وأما المستأجر والمستعير والمرتهن والمودع والشريك فلا يصدق واحد منهم في دعوى التذكية لخوف الموت لا بينة أو قرينة وإن كانوا يصدقون في دعوى التلف أو الضياع والفرق بين هؤلاء وبين الداعي مع كون الجميع مأمونين تعذر الإشهاد في الراعي غالبا، بخلاف هؤلاء فإنه لا مشقة عليهم في الإشهاد غالبا وأحدى من هؤلاء في الضمان من مر على دابة شخص فذكاها وادعى أنه فعل بها ذلك خوف موتها أو سلخ دابة غيره وادعى أنه وجدها ميتة فلا يصدق في ذلك إلا بينة أو قرينة وكل من ترك الزكاة من هو لا حتى مات الحيوان فإنه لا يضمن الأمن كان عنده من يشهد على زكاته خوف الموت، بخلاف الراعي فإنه يضمن بترك الزكاة إن ثبت تفريطه وإنما ضمن؛ لأنه مصدق بلا بينة.

● **ص:**

كأن المقلوع الضرس المطلوب.

● **ش:**

هذا تشبيه في التصديق أي: كما يصدق الطبيب في أن المقلوع هو الضرس

المطلوب قلعه لا غيره ويستحق الطبيب الأجرة فإن صدق الطبيب رب الضرس على أنه غير المطلوب ضمن الدية في الخطأ وعليه القصاص في العمد ولا مفهوم للضرس بل السن والناب وبقية الأعضاء كذلك وإنما خص الضرس بالذكر؛ لأن الغالب أن الوضع يقع فيه.

وبعبارة: إذا ادعى الحجام قلع الضرس المأذون فيه ونازعه به وقال: بل غير المأذون فيه فإن القول للحجام وله أجرته إلا أن يصدقه الحجام على ما قال، فلا أجرة له وعليه القصاص في العمد والعقل في الخطأ.

تنبيه:

إذا ادعى الصباغ أنه أمره بصفة من الصبغ كالحمرة وقال رب الثوب: بل بغيرها كالخضرة أو قال الصباغ: أمرتني أن أصبغه بعشرة دراهم، وقال ربه: بل بخمسة فإنه يصدق الصباغ بيمين إن أشبه وإلا صدق ربه إن أشبه، فإن لم يشبها فله أجر مثله.

ثم شرع في بيان ما يطرب على الإجارة فقال:

● **ص:**

وفسخت إن تعذر المستوفي منه المعين لا به.

● **ش:**

يعني: أن الإجارة تنفسخ إن تعذر الشيء المستوفي منه المنفعة المعين كدار وحانوت وحمام وسفينة ونحوها إذا كان ما ذكر معينا كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة والتعذر أعم من التلف فيدخل في ذلك الضياع والمرض وغصب الدار وغصب منفعتها وأمر السلطان بإغلاق الحوانيت وهروب العبد وغير ذلك كظهور حمل الظئر أو حصول مرض لها لا تقدر معه على الإرضاع ويلزم السلطان أجرة الحوانيت لديها حيث كان قصده غصب المنفعة فقط دون الذات والمراد بالسلطان من له سلطته وقهر وإذا فسخت الإجارة بتعذر ما يستوفي منه رجع للمحاسبة باعتبار ما حصل من المنفعة وما لم يحصل وباعتبار المسافة طولا وقصرا أو سهولة وصعوبة.

وقوله: (لا به) عطف على (منه) أي: لا إن تقدر ما يستوفي به المنفعة كالساكن والراكب بموت أو أسر فلا تنفسخ الإجارة، وكذا إذا تلف المحمول على الدابة من طعام أو غيره.

وظاهره أنه لا فرق بين التعذر بالسماوي كموت الراكب والساكن أو بغيره بتفريط من الحامل بأن فرط فتلف ما حمله من طعام أو غيره أو لا، وتقدم أنه إن فرط ضمن وإذا لم تنفسخ بتعذر ما يستوفي به قيل لوارث الساكن أو الراكب أو لرب الأحمال عليك جميع الأجرة أو أبت بمثل الأول لتمام المسافة أو المدة وهو المشهور عن ابن رشد في المقدمات والذي له في البيان أن المشهور قول ابن القاسم في المدونة وهو الفرق بين التلف بسماوي فلا تنقض الإجارة ويأتيه المستأجر بمثله وعليه جميع الكراء وبين تلفه من جهة الحامل تنتقض ولا كراء له، وقيل: له من الكراء بقدر ما سار وظاهره فرط أو لا، وظاهر أن قول ابن القاسم في المدونة مقدم على غيره واحترز بالمعين عن المضمون فلا تنفسخ الإجارة بتعذره.

وما ذكره «المص» إشارته إلى قول أهل المذهب كل عين يستوفي منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الإجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة وكل عين يستوفي بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصح كموت الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه مقامه.

واستثنوا مما يستوفي به أربع مسائل وهي صبيان وفرسان صبيا التعلم والرضاعة وفرسا النزو والرياضة وزيد على ذلك مسألتان سكون السن وسقوط القصاص كما أشار لذلك كله بقوله:

• **ص:**

إلا صبي تعلم ورضع وفرس نزو وروض وسناً سكنت وقصاصا أسقطه غير المؤجر.

• **ش:**

(صبي تعلم) بالإضافة ورضع عطف على تعلم وروض عطف على نزو.

وقوله: (وفرس نزو) أي: أنثى ينزي عليها فتموت، وأما موت الحصان المؤجر على النزو فهو داخل في قوله: (وفسخت إن تعذر ما يستوفي منه) فلذا قال «حش»:

وفرس نزو هي الأنثى؛ لأن الكلام في المستوفي به فلا يقال: الفرس تشمل الذكر؛ لأنه مستوفي منه والروض بمعنى الرياضة أي: تعليمها حسن السير والجري.

وقوله: (سكنت) أي: سكن المهما كما يأتي.

قال «خ»: وقوله: (فسكنت) أي: حيث وافقه الأجير على ذلك وإلا فلا يصدق إلا لقرينة. اهـ.

وقوله: (المؤجِّر) بالكسر الجيم، والمراد به المستأجر على القصاص أي: من أجر غيره على أن يقتص له من الجاني.

والمعنى: أن الإجارة تنفسخ بتعذر ما يستوفي به المنفعة إلا صبي التعلم وصبي الرضع فتنفسخ الإجارة بموت كل منها قبل تمام المدة أو الشروع فيها، وإلا فرس النزو وفرس الروض فتنفسخ الإجارة بموت كل منها أو عطية وله بحساب ما عمل، وإلا سنا استؤجر على قلعها فسكن وجعها فإنها تنفسخ الإجارة، وإلا قصاصا استؤجر عليه فأسقطه شخص غير المؤجر فإنها تنفسخ الإجارة لتعذر الخلف في هذه الأشياء.

واحترز بغير المؤجر عما إذا عفي المؤجر فإنها تلزم الأجرة بعفوه فإذا كان للمقتول أولاد وعنه واستأجر أحدهم شخصا على القصاص ثم عفي بعد ذلك عن القاتل فإن كان العافي من الأولاد غير المستأجر انفسخت الإجارة ولا أجرة للأجير وإن كان العافي هو المستأجر لزمه الأجرة.

قال «الش»: وقد حكي في التوضيح خلافًا إذا استأجره على حصد زرع ليس له غيره أو بناء حائط أو خياطة ثوب يلبسه ليس لها غيره أو صنع جوهر نفيس أو برء عليل فتعذر ذلك. انظر «بن». اهـ.

وبعبارة: والحق بهذه المسائل حصد زرع معين وحرث أرض بعينها ليس لربها غيرها وبناء حائط بدار فيحصل مانع من ذلك وليس لربها غيرها فتنفسخ الإجارة لتعذر الخلف، وقيل: لا بل يقال لربها: ادفع جميع الأجرة أو ائت بغيرها.

وكذلك يجري الخلاف بالفسخ وعدمه في العليل يشارطه الطبيب على برئه فيموت قبل ذلك، وكذلك الخياط يدفع له الثوب يخيطه للباس لا للتجارة وليس

لربه غيره، وكذلك من استؤجر على أن يصنع من الجواهر النفيسة صنعة ثم تهلك.

تنبيهان:

الأول: من التعذر ما إذا نزل مطر منع الناس البناء أو الحرث أو انكسر المحراث، قاله «خ».

وقوله: (انكسر المحراث) قال فيه شيخنا مصطفى البولاقي عليه سحائب الرحمة والرضوان: هذا يحمل على ما يستوفي منه بأن أكرى محراثا فانكسر وإلا فإن كانت الإجارة للأرض فانكسر المحراث فإنه لا يعد انكساره موجبا لفسخ الإجارة فيها بل يلزم أن يأتي بمحراث بدله. اهـ.

وأقول: الظاهر من كلام «خ» أنه بيان للتعذر في حد ذاته أعم من أن يكون في المستوفى منه أو به فلا يرد عليه هذا البحث نعم لو كان كلامه في خصوص ما يستوفى به لو رد عليه ذلك فتأمل.

الثاني: إذا غصبت الأرض من المستأجر فدفع مالا على تخليصها من الغاصب فلا يحاسب من الأجرة وهو مصيبة نزلت به. قاله بعضهم، وهو لا يعول عليه، والمعول عليه أنه يحاسب به من الأجرة.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

● **ص:**

وإن تمكن من المستوفى منه قبل انقضائها كمل إلا مرض الدابة والعبد بسفر.

● **ش:**

هذا الكلام يدل على أن الفسخ في قوله السابق: (وفسخت إن تعذر المستوفى منه) معناه: أنها صارت معرضة للفسخ لا أنها فسخت بالفعل.

يعني: أنه إذا حصل مانع من الاستيفاء كغصب أو مرض أو هروب ثم تمكن المستأجر من المستوفي منه المنفعة قبل انقضاء مدة الإجارة بزوال المانع بأن رجع المغصوب أو الأبق أو صح المريض فإن المستأجر يكمل ما بقي من مدة الإجارة أي: يلزمها ذلك وهذا حيث لم يحصل فسخ قبل التمكن من الاستيفاء فإن حصل فسخ قبل التمكن لم يلزم أحدها التكميل فيما بقي.

ويستثنى من ذلك مرض العبد والدابة في السفر فإنها إذا صحا من المرض لم

يلزم المستأجر أن يكمل ما بقي لعدم عود القوة الأولى والسفر محتاج لها.

وبعبارة: إذا مرض العبد أو الدابة بالسفر انفسخت الإجارة ولا تعود إن صحا؛ لأن المستأجر يلحقه الضرر في السفر بالصبر للصحة.

● ص:

ولا يجوز قضاء الفائت.

● ش:

يعني: أنه إذا حصل مانع حتى فات بعض المدة ثم زال المانع وقلنا بالرجوع لتكميل المدة فإنه يسقط من الكراء بقدر زمن المانع ولا يجوز لهما التراضي على قضاء الفائت حيث ترتب بدل من الأجرة في ذمة المكري لفسخه في مؤخر، نعم إن لم يدفع أجرته أي: أجرة الفائت أو دفعها وردها جاز ذلك.

والحاصل: أنه إذا زال المانع ورجع الشيء المستأجر على حالته التي كان عليها قبل المانع فإنه يلزم كل منهما تمام المدة ويسقط عن المستأجر ما يقابل أيام المانع فلا يجوز أن يتفقا على قضاء الفائت؛ لأنه فسخ ما في الذمة في مؤخر إذ قد وجب للمستأجر في ذمة الكري ما يقابل مدة المانع من الأجرة فيفسخها في شيء لا يتعجله الآن اللهم إلا أن يكون المستأجر لم يدفع له أجرة أو استردها منه فيجوز؛ لأنها حينئذ إجارة ثانية والفسخ لشيء في شيء.

● ص:

وخير إن تبين سرقة أجير كالحانوت.

● ش:

أدخل بالكاف الدار والسفينة وضابط المسألة عدم إمكان التحفيظ من الأجير.

يعني: أن من استأجر عبدا مثلا ليخدمه في حانوته أو داره أو سفينته أو نحو ذلك مما لا يمكن فيه التحفظ منه فوجده سارقا أي: شأنه السرقة فإن المستأجر بخير في فسخ الإجارة وعدمها؛ لأنه عيب يوجب الخيار كالبيع.

وأما لو أكراه على شيء يمكن فيه التحفظ منه فلا ينفسخ الكراء ويتحفظ منه كما تقدم في المساقاة.

● ص:

ولزم إجارة السفيه نفسه.

● ش:

يعني: أن السفيه إذا أجره نفسه دون سلعة فإنها تلزمه الإجارة ولا كلام لوليه إلا أن يحابي بأن أجر نفسه بدرهم والشأن درهما فله الكلام من حيث المحاباة وإنما كان له إجارة نفسه دون سلعة؛ لأنه محجور عليه بالنسبة لسلعة دون نفسه؛ لأنه في نفسه كالرشيد.

وبعبارة: إذا أجر السفيه نفسه فلا كلام لوليه إلا أن يحابي، وكذا إلا كلام له إن رشد؛ لأن تصرفه في ذلك لا حجر عليه فيه فهو كتصرف الرشيد.

● ص:

كالولي لسلعه ولا تنفسخ برشده.

● ش:

تشبيه في اللزوم؛ يعني: أن الولي إذا أجر سلع السفيه كالعبد والدابة والدار فإنها تلزم الإجارة ولا تنفسخ برشده في أثناء المدة سواء أجره ثلاث سنين أو غيرها فلا مفهوم لثلاث سنين في الأصل وسواء نفي منها بعد الرشد الكثير أو اليسير ظن الولي رشده أثناء المدة أولاد إذا الرشيد لم تعلم له غاية، بخلاف الصبا، ولأن الولي فعل ما يجوز له وليس للولي العقد على نفس السفيه إلا لعيشه فقط فإن عقد عليه لا لعيشه فله الفسخ؛ لأن الولي لا تسلط له على نفسه بل على ماله.

● ص:

كالصبي إن ظن عدم بلوغه أمدها وبقي من إيجار نفسه كالشهر.

● ش:

هذا تشبيه في عدم فسخ إجارة الولي له؛ يعني: أن الولي من أب أو وصي أو حاكم أو مقام إذا عقد على نفس الصبي أو على سلعة كداره وعبده ودابته فبلغ الصبي رشيد فإن إجارة الولي له أو لسلعة لا تنفسخ ببلوغه رشيدا إن ظن الولي عدم بلوغ الصبي في أمد الإجارة وبقي مما إيجار نفس الصبي كالشهر والأيام اليسيرة

ولا يشترط ذلك في إيجار سلعه.

ومفهوم قوله: (إن ظن عدم بلوغه أمدها) أنه إن ظن حال العقد بلوغه في مدتها أو لم يظن شيئًا كان له الخيار في الفسخ وعدمه.

ومفهوم قوله: (وبقي من إيجار نفسه كالشهر) أنه لو بقي كثيرا بأن زاد على كالشهر بكثير لكان له الخيار أيضًا ولو ظن الولي عدم بلوغه وإن بلغ سفيها لم تنفسخ الإجارة.

والحاصل: أن الصغير إذا عقد وليه غلبه أو على سلعه فبلغ رشيدا في أثناء المدة فله الخيار إن ظن الولي بلوغه أو شك فيه مطلقًا بقي الكثير أو القليل فإن ظن عدم بلوغه أثناء المدة فبلغ رشيدا لزمه الإتمام في العقد على نفسه إن بقي للكثير دون اليسير ولزمه في العقد على سلعه مطلقًا بقي الكثير واليسير وعلم مما قررنا إن ظن عدم البلوغ علم في العقد عليه وعلى سلعه وأما بقاء اليسير كالشهر فخاص بإيجار نفيس وإنما يؤاجر الولي نفس الصغير لمصلحة كتعليمه وفقره ولا يحل له أن يأخذ أجرته لنفسه.

وبعبارة: محل خياره في العقد على نفسه أن يظن الولي حال العقد عليه بلوغه في مدة الإجارة أو لم يظن شيئًا أو ظن عدم بلوغه فيها فبلغ رشيدا وقد بقي منها الكثير بأن زاد على كالشهر فإن ظن عدمه فيها فبلغ فيها رشيدا وقد بقي اليسير كالشهر فإن ظن عدمه فيها فبلغ فيها رشيدا وقد بقي اليسير كالشهر ويسير الأيام فلا خيار له ويلزمه البقاء لتمامها وأما في إجارة سلعه فإن بلغ سفيها فلا خيار له ولا يعتبر في العقد على سلعه ظن رشد ولا عدمه، وكذا إن بلغ رشيدا وقد ظن الولي عدم بلوغه في مدة الإجارة مطلقًا بقي اليسير أو والكثير فإن ظن البلوغ أو لم يظن شيئًا فله الخيار.

● ص:

ولا بمجرد إقرار بالمنفعة وللمقر له الأكثر من كراء المثل وما اكتريت.

● ش:

هذا عطف على قوله: (برشده) أي: لا تنفسخ الإجارة برشد السفيه ولا تنفسخ

بمجرد إقرار... إلخ، ويحتمل أنه عطف على قوله السابق: (لا به) أي: لا تنفسخ الإجارة إن تعذر المستوفي به ولا تنفسخ أيضًا بمجرد إقرار المؤجر لغيره بالمنفعة من غير ببينة للتهمة؛ أي: لأن المؤجر يتهم على أنه إنما أقر بذلك لنقض الإجارة وإذا لم تنفسخ بذل فللمقر له على المقر الأكثر من كراء المثل وما اكتريت به الذات.

وصورة المسألة أن شخصا أجر دارا أو دابة أو عبدا ثم أقر بأن منفعة الشيء المؤجر لزيد بسبب إن باعه له أو وهب له أو أجره له قبل هذه الإجارة فتنازعه المكتري في ذلك ولا بينة تشهد للمقر فإنها لا تنفسخ الإجارة بإقراره لاتهامه على نقضها ويلزمه الأقدار فللمقر له على المقر الأكثر من المسمي الذي اكتريت به وكراء المثل.

وقوله: (بمجرد إقرار) من إضافة الصفة للموصوف؛ أي: الإقرار المجرد عن البينة.

● ص:

ولا بتخلفه بالدابة ولو فات المقصود إلا في حج أو تعين الزمن.

● ش:

عطف على ما سبق أيضًا؛ أي: وكذا لا تنفسخ الإجارة بتخلف المكري بالدابة المعينة أو غيرها عن موعد إحضارها ولو فات المقصود من اكترائها كان يكتريها ليلاقي بها رجلا أو وفدا أو بشع بها رجلا فتخلف ربها عن إحضارها في الموعد حتى فات المقصود إلا إذا كان اكتراها في حج فتخلف ربها بها حتى فات الحج فإنها تنفسخ الإجارة وإلا إذا تعين الزمن في العقد كاكترتها منك يوم كذا أو على أن تخدمني أو تحيط لي الثوب ونحوه يوم كذا فتخلف فإنها تنفسخ الإجارة؛ لأنه أوقع الكراء على نفس الزمن.

وبعبارة: لا تفسخ الإجارة إذا تخلف المكري عن إحضار الدابة في الزمن الذي واعدة المكتري على إحضارها فيه ولو فات ما يقصده من تشييع مسافرا أو تلقي ركب سواء عينت الدابة وأولاد وهذا في غير الحج والزمن المعين أما إذا اكتراها

ليحج عليها أو كان الزمن معينا كأكتريها منك يوم الخميس فتخلف ربها بها حتى فات الحج أو الزمن المعين فإن الكراء ينفسخ وليس لها الرضا بالتمادي على الإجارة إذا دفع الكراء للزوم فسخ الدين في الدين، فإن لم يكن دفع له الكراء جاز لانتقاء العلة المذكورة.

والمراد بالزمن المعين أن لا يجمع معه العمل إن جمع بينهما فالعبرة بالعمل كان يقول اكتري منك دابتك أركب عليها في هذا اليوم أو ثورك أطحن عليه إردبا في هذا اليوم فالعبرة بالركوب والطحن ولا عبرة بخصوص الزمن وأما الحج فهو غير معين لكنه الحق به أي: فحقيقته غير معينة؛ لأنها كما توجد في هذا العام توجد في العام الثاني وإن كانت أياما معينة. أفاده «خ».

ثم عطف على ما مر أيضًا فقال:

● ص:

ولا بفسق مستأجر وأجر الحاكم إن لم ينته.

● ش:

يعني: أن المستأجر لدار ونحوها إذا ظهر فسقه بزني أو شرب خمر فإن الإجارة لا تفسخ بفسقه ولكن يأمره الحاكم بالكف عن ذلك، فإن لم ينته أجرها عليه وأخرجه منها فإن تعذر إيجارها أخرج حتى تؤاجر عليه ويلزمه جميع الكراء ولو لم تؤاجر عليه اللخمي وأرى أن يخرجه منها إن لم يسير كراؤها من يومه وما قارب ذلك حتى يأتي من يكتريها، فإن لم يجد مكتريا حتى خرج الشهر الذي أكراه لم يسقط عنه الكرا. اهـ.

وكلام «المص» فيما إذا كان الكراء وجيبة أو مشاهرة وتعد الإجرة وإلا فالعقد غير لازم والمالك كالمستأجرة فإذا كان فاسقا يضر فسقه بجاره زجر وعوقب فإن انتهى وإلا أخرج وبيعت عليه أو تؤاجره.

قال مالك في كتاب ابن حبيب: الفاسق المعلن بفسقه يكون بين أظهر القوم في دار نفسه أن الإمام يعاقبه على ذلك، فإن لم ينته أخرجه عنهم وبيعت عليه.

وعند اللخمي: إن لم يترجى بالعقوبة تكري، فإن لم ينته بيعت، وظاهر كلامهم

أن المذهب الأول، ومن اكترى أو اشترى دارا لها جار سوء فذلك عيب ترد به.

● ص:

ولا يعتق العبد وهو رقيق إلا في وطئ الأمة والإجرة له إلا أن يريد سيده أنه حر بعدها.

● ش:

يعني: أن العبد المؤجر إذا اعتقه سيده ناجزا قبل انقضاء مدة الإجارة فإن الإجارة لا تنفسخ بعتقه لسبق الإجارة على العتق وهو رقيق أي: على حكم الرق مدة الإجارة فيستمر على حكم الرق في شهادته وقصاص له وعليه وارثه إلى تمام المدة إلا في وطء السيد للأمة المستأجرة فلا يجوز في مدة الإجارة لتعلق حق المستأجر بالعين المؤجرة فإن أسقط المستأجر حقه فيما بقي من المدة مجانا أو بشيء أخذه من العبد تجز عنقه ولا كلام لسيده والأجرة بعد العتق في المدة الباقية له أي: للعبد إلا أن يريد سيده أنه حر بعد مدة الإجارة فتكون للسيد؛ لأنه بمنزلة من اعتق واستثنى منفعة معينة.

وقوله: (وهو رقيق) أي: ولو مات سيده قبل انقضاء مدة الإجارة.

● ص:

وبموت مستحق بالحياة لا ناظر وقف.

● ش:

أي: وفسخت الإجازة بموت شخص مستحق بسبب الحياة أي: مستحق في مدة حياته كموقوف عليه مدة حياته أجر ما وقف عليه مدة فمات قبل انقضائها فإن الإجارة تنفسخ بموته ولو بقي من المدة شيء يسير لانتقال الحق لغيره ويرجع المكتري على تركته بأجرة باقي المدة ولمن انتقل الحق إليه النقاء على الإجارة ولا تنفسخ الإجارة بموت ناظر الوقف إكراه فمات قبل انقضائها الإجارة والمراد أنها لا تنفسخ بموت الناظر من حيث كونه ناظرا لمصلحة الوقف وأما من حيث استحقاقه فكغيرة تنفسخ الإجارة بموته.

والحاصل: أن الناظر إذا كان مستحقا فكغيره من المستحقين تنفسخ الإجارة

بموته من حيث أنه مستحق وأما إن كان غير مستحق فلا تنفسخ بموته من حيث أنه ناظر لا مستحق.

وقوله: (لا ناظر وقف) عطف على قوله: (مستحق) أي: إن الإجارة تنفسخ بموت مستحق لا بموت ناظرا وقف.

وقوله: (مستحق بالحياة) أي: ثم بعد حياته يرجع لمن في طبقته أو لمن يليه أو ولده أو ترجع ملكا لربها أو لغيره.

وظاهر قوله: (مستحق بالحياة) أنه يشمل المعمر والخدم مدة حياته.

وقال «خ»: وأما المعمر فلا يؤاجر إلا ما قرب أي: كالسنة والسنتين وأما الخدم فيؤاجر ما شاء إلى أن أمد تقتضي أمد الخدمة.

ثم نبه على مسائل يتوهم فيها المنع للجهالة أجيزت للضرورة بقوله:

● **ص:**

وجاز كراء الدابة على أن عليك علفها أو طعام ربها أو عليه طعامك.

● **ش:**

العلف بفتح اللام اسم لماء تأكله الدابة كالشعير والفول والتين وأما بالسكون فهو تقديم ذلك لها وهو على المستأجر إن لم يكن شرط ولا عرف فإن كان شرط أو عرف عمل به والشرط مقدم.

وقوله: (أو طعام ربها) أو فيه مانعة خلو فتجوز الجمع فيجوز أن يكريها على أن عليه علفها فقط أو على أن عليه طعام ربها لحفظ أو على أن عليه علفها وطعام ربها معًا وسواء انضم لذلك نقدا ولا.

يعني: أنه يجوز لك كراء دابة على أن عليك أيها المكري علفها مع دراهم معلومة أو مجرد العلف، ولو قال: وجاز كراء الدابة يعلفها لكان أنسب وأخصر إذ يفهم من كراء يهابه يدرهم وعلفها بالأولى؛ لأن العلف حينئذ يصير تابعا للدراهم ولا يجوز لك كراء الدابة على أن عليك طعام ربها سواء كان مع شيء آخر كدراهم أو لا.

وكذا يجوز كراؤها بالعلف والطعام معًا سواء كان مع ذلك شيء آخر أو لا.

وكذا يجوز كراء الدابة بأجر معلوم على أن على ربها طعامك يا مكتري فتكون الأجرة في نظير الركوب والطعام كما يقع لكثير من الحجاج وهذا حيث لم تكرها بطعام بأن اكتريتها بدراهم مثلا فإن اكتريتها بطعام لم يجز لما فيه من طعام بطعام نسبيه ويجوز كراؤها بطعام ربها أو أن على ربها طعام المكتري وإن لم يوصف الطعام فيها؛ لأنه معروف بين الناس.

● ص:

وخير إن ظهر تفاحش إلا أن يرضى بالوسط لغير الدابة.

● ش:

يعني: أنه إذا كري الدابة بعلفها أو بطعام ربها أو على أن ربها طعام المكتري ثم ظهر تفاحش في من الكل أي: من الدابة أو من ربها أو من المكتري فإنه يخبر المكتري في الأولين ويخبر ربها في الثالثة على الأظهر، وهذا بخلاف الزوجة تظهر أكولة فيلزم الزوج شبعها ولا خيار له وهي مصيبة نزلت به؛ لأن النكاح مبني على المكارمة أما إذا ظهرت قليلة الأكل فلا شيء في القلة لمن اشترط له الأكل خلافًا لمن قال: يأخذ الباقي ومحل التخيير السابق ما لم يرض من له الأكل بالوسط لغير الدابة فإن رضي بالوسط لغير الدابة فلا خيار ويلزم الكراء أما الرضا بالوسط للدابة فلا يجوز لضعفها عن العمل بترك أكلها المعتاد لها إلا أن يكمل لها ربها المعتاد لها.

● ص:

أو ليركبها في حوائجه أو ليطحن عليها شهرا.

● ش:

قوله: (شهرا) راجع للأمرين قبله والشهر فرض مثال لا مفهوم له، بل المراد الزمن المعين واستظهر بعضهم أن الزمن الكثير يمنع لكثرة الفرد.

والمعنى: أنه يجوز لك أن تكتري دابة بكذا لتركبها في قضاء حوائجك شهرا أو لتطحن عليها شهرا مثلا إذ كل من الركوب والطحن مقروفا بالعادة بأن يكون الركوب في البلد وما قاربها أو إلى سوق معلوم أو إلى بلد معلوم وإن اختلف بما

يتساهل فيه عادة للضرورة وإن يكون الطحن كل يوم كذا من البر ونحوه لا من الحبوب القاسية كالترس، فإن لم يعرف الركوب والطحن لم يجز لمزيد الجهالة كما إذا اكتراها ليسافر عليها شهرا لأي بلد شاء وظاهره الجواز ولو سمي قدر ما يطحن في الشهر، وقيل: إن عين الزمن والعمل منع فلا يجوز أن يجمع بين تسمية الأرادب والأيام التي يطحن فيها وإنما يجوز على تسمية أحدها وإلا حسن أن يقال: إذا جمع بين الزمن والعمل جري على الخلاف السابق في قوله: (فإن جمعها فسدت إلا أن يزيد الزمن على الأقرب).

وقوله: (أو ليركبها) عطف على قوله: (على أن عليك علفها)، ويجوز أن تكون اللام في (ليركبها) بمعنى (على) عطف على قوله: (على أن عليك).

وقوله: (شهرا) تنازعه كل من يركب ويطحن على أنه ظرف له أو من باب الحذف من الأول لدلالة الثاني عليه، كما ذكره «خ» على نحو هذه العبارة في الأصل.

ثم عطف على ما مر قوله:

● ص:

أو ليحمل على دوابه كذا إلا أن يختلف القدر ولا يعين ما على كل الأغراض.

● ش:

قوله: (على دوابه) نبه فيه بالإضافة على أن الدواب كلها لرجل واحد ويأتي قريبا ما إذا كانت الدواب لرجال.

يعني: أنه يجوز للرجل أن يكتري دواب رجل آخر ليحمل عليها كذا من مكيل أو موزون أو معدود إلا أن يختلف القدر المسمي لكل من الدواب ولا يعين على ما على كل دابة منها فلا يجوز لاختلاف الأغراض فما قبل الاستثناء ثلاث صور كلها جائزة:

الأولى: أن لا يسمي مقدار ما تحمله كل دابة.

الثانية: أن يسمي ما تحمله كل دابة ويتحد قدره.

الثالثة: أن يختلف قدر ما تحمله كل دابة ويعين ما تحمله هذه وما تحمله هذه.

وما بعد الاستثناء صورة واحدة وهي أن يختلف القدر المسمى لكل دابة ولا

يعين ما تحمله هذه من هذه وهي فاسدة أما لو كانت الدواب لرجال شتي وحملها مختلف من هذه وهي فاسدة أما لو كانت الدواب لرجال شتي وحملها مختلف لم يجز إذ لا يدري كل واحد بما أكرى دابته كالبيوع.

● **ص:**

وتأخير دابة مكتراة شهر إن لم ينقد.

● **ش:**

قوله: (وتأخير... إلخ) عطف على فاعل جاز وشهرا ظرف تأخير.

وقوله: (إن لم ينقد) أي: إن لم يشترط النقد.

يعني: أنه يجوز للمكري تأخير دابته المكتراة شهرا بأن يكريها له ويشترط عليه أنه لا يقضيها إلا بعد عشر ليستوفي منافعها ومحل الجواز إن لم يشترط النقد فإن اشترطه فسد العقد نقد بالفعل أو لا، للتردد بين السلعية والثمنية والتعليل ظاهر في النقد بالفعل ولكن حملوا شرط النقد على النقد بالفعل في فساد العقد؛ لأن الغالب في شرطه حصوله ولسد الذريعة.

قال «حش»: واغتفر ابن يونس تأخيرها نصف شهر مع النقد، وذكر الأقفهسي عشرة أيام.

وقوله: (شهر) يفيد أنه لا يجوز أكثر، وفي المدونة جواز الشهرين فلو نص عليها لفه منه الشهر بالأولى وهو في ذلك تابع لأصله.

تنبيهان:

الأول: يجوز لمالك الدابة بيعها واستثناء منفعتها ثلاثة أيام لا جمعة فيمنع؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه ويكره المتوسط، وهو من الأربعة للسبعة عند اللخمي ومنعه غيره، واستظهروا أن الثوب كالدابة وعلفها في المدة المستثناة على المشتري وضمانها في غير المدة الممنوعة منه وفي الممنوعة من البائع.

والفرق بين الشراء أو الكراء حيث جاز في الكراء الشهر دون الشراء فلم يجز فهي إلا الثلاث أن الدابة في الكراء مملوكة للمكري فضمانها منه وأما في الشراء فمملوكة للمشتري وهو لم يتمكن من قبضها بشرائه فأجيز فيه ما قل كالثلاثة

لضرورة اختلاف الأغراض فحقق في الكراء دون الشراء. أفاده «دك».

الثاني: ينبغي أن يفيد قوله: (وتأخير دابة) بما إذا كانت معينة لما تقدم من أن المضمونة لا بد فيها من التعجيل أو الشروع. أفاده «حش».

● **ص:**

والرضي بغير المعينة الهالكة إن لم ينقد أو اضطر.

● **ش:**

عطف على فاعل جاز أيضًا والهالكة صفة للمعينة ولا يجوز أن يكون صفة لغير؛ لأن إضافة (غير) للمعينة لا تقيده تعريفا فلا يصح وصفه بالمعرفة والمراد بالمعينة الذات المكتراة سواء كانت دابة أو عبدا أو ثوبا أو غير ذلك وسواء كانت الأجرة معينة أو مضمونة وينقد بفتح الياء؛ لأنه من نقد لا بضمها؛ لأنه لا يقال أنقد.

والمعنى: أن الذات المعينة من دابة أو ثوب أو عبد إذا هلكت في أثناء الطريق فإنه يجوز للمكتري الرضا بغيرها ليركبها بقية المسافة إن لم يتعد الكراء للمكري أو تعده واضطر للثانية اضطرار شديدا فيجوز له الرضا بالبدل لزوال الاضطرار لا مطلقًا فإن نقد ولم يضطر منع الرضا بالبدل؛ لأنه فسخ ما وجب له من الأجرة التي بذمة المكتري في مانع يتأخر قبضها بناء على قبض الأوائل. اهـ.

وقوله: (وإلا) مفهوم قول «المص»: (إن لم ينقد أو اضطر) أي: وإلا بأن نقد ولم يضطر انفسخت الأجرة التي بذمة المكري في مؤخر المنافع أي: في المنافع المؤخرة وهو لا يجوز وقبض أوائل المنافع لا يكفي هنا في الجواز وأما غير المعينة وهي المضمونة إذا هلكت فجوار الرضا بالبدل ظاهر مطلقا.

● **ص:**

وحمل ما علم وزنه.

● **ش:**

عطف على فاعل (جاز) أيضًا وهو بفتح الحاء المهملة وسكون الميم مصدر حمل الشيء؛ أي: وضعه على ظهر الدابة وأما حمل بكسر الحاء فهو ما يحمل على الدابة أي: وجاز اكتراء دابة على حمل ما علم وزنه من الأطعمة وغيرها كقنطار من

سمن أو قطن أو خشب أو حديد أو حجر وإن لم يعلم كيله ولا عدده ولا جنسه اكتفاء بعلم الوزن، وظاهر كلام بعضهم أنه لابد من علم جنسه أيضًا لأن قنطار الحطب مثلا أضر من قنطار القطن وإن كان الوزن متحد أو مفهوم علم وزنه أنه إن لم يعلم الوزن لم يجز إلا إذا علم جنسه مع كيله أو رؤيته أو مع عده ولم يتفاوت بالكبر والصغر كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كجنسه وكيلٍ أو ريء أو عدده ولم يتفاوت.

● ش:

تشبيه بما علم وزنه في الجواز المستفاد من العطف أي: كجواز حمل ما علم جنسه فالضمير في جنسه عائد على ما الموصولة المقدرة هنا، والواو في قوله: (وكيل) واو الحال وهو قيد فيما بعد الكاف، وكل من كيل، وريء بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير يعود على ما عاد عليه ضمير جنسه المتقدم.

وقوله: (أو عدده) عطف على جنسه ويحتمل أنه عطف على وزنه المتقدم.

وقوله: (ولم يتفاوت) الواو فيه للحال وهو قيد في العدد خاصة.

يعني: أنه يجوز اكتراء الدابة على حمل ما علم جنسه بشرط أن يُكال أو يُرى، وكذا يجوز اكتراءها على حمل ما علم عدده إن لم تتفاوت أفراده كثيرا كالبيض والليمون فإن تفاوتت كثيرا كالبطيخ فلا يجوز إلا بالرؤية أو الوزن ولابد مع علم العدد من بيان الجنس وإن كان ظاهر «المص» خلافه؛ لأن قوله: (أو عدده) معطوف أما على جنسه أو على وزنه كما مر وهذا لا يفيد اشتراط بيان الجنس مع علم العدد هذا ما ظهر لي في فهم كلام «المص» وغير ذلك تكلف فتحصل من كلامه أن علم الوزن لا يشترط معه شيء وعلم الجنس يشترط معه الكيل أو الرؤية وعلم العدد يشترط معه عدم تفاوت الأفراد.

وبعبارة: يجوز اكتراء دابة على حمل شيء علم جنسه من حب أو دقيق أو زيت أو سمن أو عسل أو ما خشب أو حديد أو قطن أو بطيخ أو رمان أو بيض وما أشبه ذلك بشرط أن ينضم لعلم الجنس واحد من الثلاثة وهي علم الكيل كاردب قمح

وإن لم ير والرؤية وإن لم يكل أو يعد وعلم العدد كعشرين بشرط أن لا يتفاوت تفاوتا كثيرا كالبيض والليمون، أما إن تفاوت كثيرا كالبطيخ فلا يكفي العدد بل لابد من الرؤية أو الوزن.

فقوله: (ولم يتفاوت) قيد في العدد فقط واشتراط الكيل أو الرؤية أو العدد مع علم الجنس هو مذهب ابن القاسم.

وقال بعض الأندلسيين: يكفي معرفة الجنس ثم تحمل الدابة ما تطيق عرفا.

وقوله: (أو ريء) المتبادر منه الرؤية البصرية؛ لأن العلمية لا تقابل الكيل والعد لحصول العلم، وقيل: إنها علمية؛ لأنه يجوز العقد من الأعمي بأن يحس بيده فيعلم ثقله ولا يشترط الرؤية بالبصر ومحصله حمله على علم خاص غير ما يحصل بالكيل والعد. أفاده «حش».

والحاصل: أنه لابد في الجواز من أحد أمرين: إما علم الوزن أو علم الجنس مع أحد هذه الثلاثة المتقدمة وهي الكيل والرؤية والعود بشرطه.

● **ص:**

وإقالة على رأس المال أو مع زيادة إن لم يغب المكري ما ينتفع فيه بالأجرة.

● **ش:**

عطف على (الجائزات) السابقة وما في قوله: (ما ينتفع) واقعة على زمن أي: إن لم يغب زمنا يمكن فيه الانتفاع بالأجرة والزيادة أما من المكري على الأجرة أو من المكتري على المنافع.

يعني: أن من اكتري دابة من آخر فإنها تجوز الإقالة منها على رأس المال مطلقًا قبل نقد الكراء أو بعده غاب المكري على النقد أو لا، لانتفاء علة المنع حينئذ وهي التهمة على السلف بزيادة.

وكذا تجوز الإقالة مع زيادة من المكري أو من المكتري على رأس المال إن لم يغب المكري زمنا يمكنه الانتفاع فيه بالأجرة التي لا تعرف بعينها بأن لم يغب على الأجرة أصلًا أو غاب غيبة لا يمكن انتفاعه بها فيها أو كانت الأجرة مما يعرف بعينه لانتفاء تهمة السلف بزيادة فإن غاب المكري بالأجرة ما يمكن فيه الانتفاع

بها ففي ذلك تفصيل سيأتي قريبا.

وأفهم قوله: (إن لم يغب... إلخ) أن الإقالة وقعت بعد قبض الأجرة، وأما إن وقعت قبل قبضها فإنها تجوز مطلقًا كان الكرامي يغاب عليه أو لا، كانت الإقالة على رأس المال أو أزيد كانت الزيادة دنانير أو دراهم أو عرضا نقدا؛ لأنه اشترى الركوب الذي وجب للمكتري بالزيادة التي وجبت له ويمنع لأجل؛ لأن المنافع دين عليه للمكتري ففسحتها في دين إلى أجل.

● ص:

ووجب التعجيل إلا فيما يزيده المكتري.

● ش:

يعني: أن الإقالة إذا وقعت بزيادة من المكري أو من المكتري وقلنا بجوازها بشرط عدم غيبة المكري زمنا يمكنه الانتفاع فيه بالأجرة فإنه يجب تعجيل تلك الزيادة إن كانت من المكري، فإن لم يعجلها لزم فسخ ما في الذمة في مؤخر؛ لأنه اشترى الركوب الذي وجب للمكتري بالزيادة التي وجبت له وسواء كانت الزيادة من جنس الكراء أو لا، فمتى كانت الزيادة من المكري وجب التعجيل لئلا يلزم فسخ الدين في الدين؛ لأن المكتري ترتب له في ذمة المكري ركوب ففسخه في شيء لا يتعجله الآن وهو الزيادة.

فالموضوع: أن المنافع مضمونة أما لو كانت معينة فلا يجب تعجيل الزيادة؛ لأن المعينة لا تقوم بالذمة حتى يلزم فسخ الدين في الدين والدور والأرضون معينة فلا يجب في الإقالة منها تعجيل على خلاف في ذلك.

قال «حش»: وسبق في الرضا بغير الهالكة تنزيل المعينة منزلة الدين.

قال شيخنا: وإنما لم يقولوا بذلك هنا؛ لأن أمورا الإقالة أحق أي: لأنه من باب المعروف في الجملة. اهـ.

هذا إذا كانت الزيادة من المكري، وأما إن كانت من المكتري فلا يجب تعجيلها؛ لأنه لما لم تحصل غيبة على النقد صار كان لم يقبض فلم يحصل سلف من المكري، وإلى هذا أشار إلى مفهوم قوله: إن لم يغب... إلخ، بقوله:

● ص:

فإن غاب جازت من المكتري بشرط المقاصة ومن المكري إن حصل سير كثير.

● ش:

يعني: أن الإقالة إذا وقعت بزيادة فإنها تجوز إن لم يغب المكري بالأجرة ما يمكنه فيه الانتفاء بها أما إن غاب ما ذكر ففي ذلك تفصيل فإن كانت الزيادة من المكتري جازت الإقالة بشرط المقاصة مما له من الأجرة ما يدخلا عليها أو تحصل فإن دخلا على عدمها كان فيه عمارة الذمتين وهو من الدين بالدين.

مثال ذلك: أن يكتري دابة بعشرة ونقدها وغاب المكري عليها ثم قائلا على درهم يدفعه المكتري للمكري فإن دخلا على المقاصة أي: على إسقاط الدرهم من العشرة ويرجع بتسعة أو حصل ذلك وإن لم يدخلا عليها جاز وإلا منع لما فيه من تعمير الذمتين وإن كانت الزيادة من المكري جازت إن حصل سير كثير لبعد تهمة السلف بزيادة حينئذ لكن يجب عليه تعجيل الزيادة مع أصل الكراء في المضمونة.

وأما زيادة المكتري فلا يشترط فيها إلا المقاصة.

ومفهوم (سير كثير): أنه إن لم يحصل سير أصلًا وحصل سير يسير لم تجز الزيادة من المكري مع غيبة على النقد لتهمة تسلفه بزيادة وجعل الدابة محللة وإنما كانت الغيبة المذكورة سلفا؛ لأن الغيبة على ما لا يعرف بعينه تعد سلفا.

تنبيه:

يجوز للمستأجر فعل المستأجر عليه ومثله كيلا أو وزنا أو عددا من جنسه ودونه قدرا وضررا أو أكثر ولو أقل ضررا ولا دونه قدرا أو أكثر ضررا فإن خالف ضمن وهذا في الحمل والركوب وأما في المسافة فلا يجوز المساوئ وكذا الدون على قول وسيأتي.

● ص:

واشتراط هدية مكة إن عرف.

● ش:

عطف على الجائزات السابقة أي: أنه يجوز اشتراط هدية مكة مثلا أي: اشتراط

حملها على الجمال مثلا أو اشتراط دفعها للأجير عند وصوله إن عرف قدرها عندهم وإلا منع للجهل.

يعني: أنه يجوز للمكره أن يشترط على رب الدواب حمل هدية مكة أي: ما يهدي لها من نحو كسوة الكعبة وطئها أو ما يهدي منها إن عرف قدر ذلك للخروج من الجهالة، وقيل: معناه أنه يجوز لرب الدابة اشتراط هدية على المكتري؛ لأنها من الأجرة.

تنبيه:

قال بعضهم: قال أبو الحسن: ظاهر المدونة جواز طيب الكعبة وكسوتها إلا أن الصدقة أفضل منه وكسوتها مستثنى من النهي عن كسوة الجدار؛ لأنه محل عظمة الله وشرفه فله أن يخص ما شاء بما شاء وأما كسوة غيرها من الأولياء فقرر شيخنا البولاقي أنه حرام نقله بعض الطلبة عنه ولم أسمعه من الشيخ بأذني.

● **ص:**

وعلى حمل آدمي لم يره ولم يلزم الفادح.

● **ش:**

يعني: أنها تجوز الإجارة على حمل آدمي أو أكثر لم يره رب الدابة حال العقد؛ لأن الأصل تساوي الأجسام أو تقاربها فإن أتاه بفادح لم يلزمه حمله والفادح هو الفظ الغليظ الثقيل ذكر أو أنثى ومن الفادح من عرف بأتعاب الدواب.

واستظهر ابن عرفة وجوب تعيين كون الراكب رجلا أو امرأة، قال «بن»: وهو خلاف ظاهر المدونة ومثل الفادح المريض الذي ينقب الدابة إن جزم بذلك أهل المعرفة وحيث لم يلزم الْفَادِحُ فَلِيَأْتِ بوسط من الناس أو يكري الدابة في مثل ذلك والعقد لازم، فإن لم يمكن فله الفسخ.

وبعبارة: يجوز الكراء على حل رجل أو امرأة لم يرها فإن أتاه بفادحين لم يلزمه ذلك وليست الأنثى من الفادح مطلقًا بل حكمها حكم الذكر فإذا أتاه على آدمي لم يره فأتاه بامرأة فإنه ينظر لها فإن كانت من الفادح لا يلزمه وإلا لزمه، وأما إن استأجره على حمل رجل فأتاه بامرأة لم يلزم، بخلاف العكس ومن الفادح من

يغلب عليه النوم أو عادته غفر الدواب بركوبه بقي ما إذا استأجره على حمل آدمي فأتاه بميت فهل يلزم أو لا؟ الظاهر عدم اللزوم.

● ص:

بخلاف ولد ولدته.

● ش:

هذا مخرج من عدم اللزوم؛ يعني: أن المرأة إذا استأجرت دابة رجل لركوبها فولدت بعد عقد الكراء فإنه يلزمه حمل ولدها معها؛ لأنه محمول معها حال العقد فهو كالمدخول عليه.

وظاهر كلامهم ولو طالت المدة بحيث يكبر فيها الولد ويغمم من قوله: (ولدته) أنه لا يلزمه حمل صغير معها إلا بنص أو عرف.

● ص:

وندب اشتراط عقبة الأجير.

● ش:

أي: أنه يندب للمكتري أن يشترط على رب الدابة عقبة الأجير وهي ركوب الميل السادس والمراد بالأجير أجير المكتري وهو الجمال المسمى بالحكام.

وتفسير عقبة الأجير بركوب الميل السادس عرف قديم فلا يلزم خصوصه فيجوز الأقل والأكثر وإنما ندب اشتراط عقبة الأجير؛ لأنه أطيب للنفوس وأبعد عن الجهالة وعن كراهة إيجار المؤجر.

وبعبارة: وفي ندب اشتراط عقبة الأجير ليخرجا من الكراهة في فعل مثل ما استأجر له ووجوبه ليخرجا من الحرمة في فعل الآخر مما استأجر له قولان بالوجوب والندب.

● ص:

ولا يجوز شرط إن ماتت معينة أتاه بغيرها مع النقد ولو تطوعا.

● ش:

يعني: أنه لا يجوز للمكتري أن يشترط على رب الدابة المعينة أنها إن ماتت في

أثناء المسافة أتاه بغيرها إلى انتهاء مدة السفر وهذا إذا تعد الكراء ولو تطوعا لما سبق من فسخ الدين في الدين، فإن لم ينقد جاز وكلام «المص» لا في قول ابن القاسم إن سأل أن يحوله من محمل لزاملة ويرد عليه دينارا أو من زاملة لمحمل ويزيده دينارا أنه جائز؛ لأن هذا انتقال من صفة والأول في المركوب. قاله «خ».

● ص:

ولا حمل من مرض.

● ش:

يعني: أنه لا يجوز اشتراط حمل من مرض أو تعب من ذوي الزاد للجهالة والنزاع إذ قد يمرض أكثر من واحد فنيفع التنازع فيمن يركب منهما أو منهم فصورة المسألة أن جماعة مشاة أكثروا محملا لأزوادهم واشترطوا حمل من مرض منهم.

وبعبارة: لا يجوز أن يشترط على رب الدابة حمل من مرض من الجمالة أو غيرهم مع الزاد لثقل المريض فهو كالمجهول.

● ص:

ولا دواب رجال إلا أن يتفق الحمل كالشركة إن عين ما يحمل كل.

● ش:

قوله: (دواب رجال) أي: لكل واحد دابة أو واحد له دابة وواحد له أكثر إلى ذلك ووقع اكتراء الجميع في عقد واحد ومثل الرجال الرجلان.

وقوله: (كالشركة) تشبيه بالمستثني في الجواز إذا اتفقت الشركة بأجزاء مختلفة لم يجز إلا بتعيين ما تحمله كل دابة.

والمعنى: أن الدواب إذا كانت لرجال شتي لكل دابة أو لكل لواحد دابة ولغيره أكثر فإنه لا يجوز كراؤها في عقد واحد إلا أن يتفق الحمل في الكل قدر أو أجرة ككل دابة تحمل إردبا أو قنطارا أو عشرين بطيخة بدرهم فيجوز أما إذا اختلف الحمل قدرا وأجرا فلا يجوز الكراء إلا بعد أن يعين ما يحمل على كل دابة وإن كانت الدواب مشتركة بين رجال بأجزاء متفقة جاز كراؤها في عقد واحد مطلقًا اتفق الحمل قدرا أو أجره أو اختلف عين ما يحمل على كل منها أو لا، وإن كانت مشتركة

بينهم بأجزاء مختلفة فإن اتفق الحمل جاز كراؤها في عقد واحد؛ لأنه يعلم حينئذ ما تحمله كل دابة وقدر ما ينون محمولها من الأجرة وإن اختلف الحمل لم يجز كراؤها في عقد واحد إلا إذا عين ما يحمله كل منها.

فعلم مما تقرر أن قوله: (كالشركة) تشبيه في الجواز ولو اختلف الحمل سواء كانت الشركة بأجزاء متفقة أو مختلفة إلا أن المختلفة لابد فيها من اتفاق الحمل أو التعيين، فقوله: (إن عين... إلخ) خاص بالشركة المختلفة وأما المتفقة فلا يشترط فيها ذلك كما علمت خلافًا لظ «المص».

والحاصل: أنه إذا عين الحمل والأجر جاز كراء الدواب المشتركة في عقد ولو اختلفت الأجزاء وإن لم يعين الحمل والأجر فإن كانت الأجزاء متفقة جاز وإلا فلا.

● **ص:**

ولا دواب لأمكنة.

● **ش:**

يعني: أنه لا يجوز كراء دواب بعقد واحد لأمكنة مختلفة كبرقة وأفريقية وطنجة ولو كانت لمالك واحد لاختلاف الأغراض إلا أن يعين لكل دابة مكان فيجوز.

ومعنى اختلاف الأغراض: أن المكتري قد يرغب في ركوب القوية للبعيد وربها يريده للضعيفة لئلا يضعف القوية.

● **ص:**

والدنانير الحاضرة كغيرها لابد إن عينت من عرف تعجيلها أو شرطه والغائبة لابد من شروط خلفها.

● **ش:**

قوله: (كغيرها) أي: من كل ما يقع أجرة كطعام وعرض وحيوان، والمراد أنها كغيرها في الحكم المشار إليه.

بقوله: (لا بد إن عينت... إلخ) ومعنى: (لا بد) عدم الانفكاك عن الشيء أي: لانفكاك عن عرف تعجيلها... إلخ؛ أي: لا تصح الإجارة إلا بعرف التعجيل أو شرطه تقول لابد لي عن كذا أي: لاتفكاك لي عنه وقد يعدى بمن فيقال: لابد من

كذا، كما فعل «المص».

وهذه المسألة مكررة مع ما سبق أول الباب في قوله: (ووجب شرط تعجيل الأجر المعين أو عرفه).

وقد يجاب بأن ما سبق في غير الدنانير والدراهم، كما يشعر بذلك قوله هنا: (والدنانير كغيرها) أي: غيرها مما سبق أول الباب أو أنه ذكر ذلك هنا ليرتب عليه قوله: (والغائبة لابد من شرط خلفها) أو أنه خص العين بالذكر لما فيه من التفصيل بين الحاضرة والغائبة والمراد بالدنانير ما يشمل الدراهم فلو قال: والعين الحاضرة كغيرها؛ كان أخصر وأشمل.

والمعنى: أن العين الحاضرة التي تقع في مقابلة المنفعة كغيرها من حيوان أو طعام أو عرض فإن كانت معينة فلابد في صحة الإجارة بها من أحد أمرين: إما جريان العرف بتعجيلها أو شرط بتعجيلها ثم عجلت بالفعل وجوبا وإلا كان من بيع معين يتأخر قبضه كما سبق أول الباب فإن كان العرف تأخير المعين أو لم يكن عرف مضبوط ولم يشترط التعجيل فسد العقد ولو عجل بالفعل وأما الدنانير أو الدراهم الغائبة فلا يجوز الكراء بها إلا بشرط خلفها إذا تلفت أو ضاعت كلها أو بعضها أو ظهر بها زيف؛ لأن شرط الخلف يقوم مقام التعجيل وأيضًا شرط الخلف يصيرها كالمضمونة، أما الحاضرة فلا يتأتى فيها اشتراط الخلف بل إن كان العرف نقدها جاز وإلا منع إلا بشرط النقد.

● **ص:**

ومنع ليحمل ما شاء أو متى شاء أو أين شاء أو ليشيع رجلا أو بمثل ما يكتري الناس أو إن وصلت في كذا فبكذا وإلا فمجانا كبكذا إلا على الخيار لهما.

● **ش:**

يعني: أنه لا يجوز كراء الدابة ليحمل عليها ما شاء من الأمتعة ومن ذلك فارغ ملأت المعروف عند حجاج مصر ومحل المنع ما لم يكن ذلكمن قوم عرف حملهم وإلا جاز، كما يفيده «دك».

وكذا لا يجوز كراؤها ليحمل عليها متي شاء من الأزمنة.

وكذا لا يجوز كراؤها ليحمل عليها إلى أين شاء من الأمكنة لاختلاف الطرق بالسهولة والصعوبة فمتي للأزمنة وأين للأمكنة.

وكذا لا يجوز كراؤها ليشيع بها رجلا إلا أن يذكر منتهى التشييع أو يكون معروفا عندهم.

وكذا لا يجوز اكتراء الدابة لمحل كذا بمثل ما تكري به الناس للجهالة كبيع السلعة بقيمتها وهذا ما لم يعرف ذلك عندهم فإن عرف كراؤها للموضع المذكور جاز.

وكذا لا يجوز الكراء إذا قال المكري: إن وصلت بالدابة إلى مكة في كذا كعشرة أيام فبكذا كعشرة دارهم مثلا وإن وصلت في كذا كخمسة عشر فمجانا.

وقوله: (كبكذا إلا على الخيار لهما) تشبيه في المنع أي: كما لا يجوز الكراء أيضًا إذا قال: إن وصلت إلى كذا فبكذا كخمسة وإن قال: إن وصلت في كذا فبكذا كثلاثة إلا على خيار لها معًا فيجوز، وكذا إن كان الأسهل على المكري أقل.

وبعبارة: لا يجوز أن يكتري دابة على أنه إن وصل بها مكة في عشرة أيام فبعشرة دنانير وإن وصل بها في أكثر مجانا أو بخمسة فيفسخ الكراء قبل الركوب فإن ركب للمكان الذي سماه فله كراء مثله في سرعة السير وإبطائه ولا ينظر لما سماه ومحل المنع ما لم يكن ذلك على الخيار لهما وإلا جاز.

● ص:

وعدوله لبلد وإن ساوت إلا بأذن.

● ش:

عطف على معمول منع أي: ومنع عدول المستأجر بالدابة لبلد أخرى وإن ساوت البلد المعقود عليها مسافة وسهولة وصعوبة لما فيه من فسخ ما في الذمة في موجز، ولأن أحوال الطريق تختلف بها الأغراض فإن نحو الأعداء والغصاب قد تكون في طريق دون أخرى وقد يكون العدو لخصوص رب الدابة ويضمن المستأجر إن خالف ولو السماوي؛ لأنه صار كالغاصب؛ ولذا قيل: إن عدوله إلى مسافة أخرى أقل من الأولى كذلك، وظاهر «المص» الجواز، وقد قيل به بل ورجح،

والواو هنا للمبالغة أي: هذا إن زادت بل وإن ساوت؛ لأنه لما كان يتوهم جواز المسافة المساوية كالحمل المساوي دفعه بقوله: (وإن ساوت)، والفرق بينها وبين الحمل المساوي ما تقدم من أن المسافة تختلف بها الأغراض فرب مسافة تظن مسالمة وفي الواقع لبيت كذلك. أفاده «دك».

وقوله: (إلا بإذن استثناء من المنع) أي: أنه يمنع العدول لبلد أخرى لا بأذن من رب الدابة فيجوز ولم يروه فسخ دين في دين لاتحاد الدابة هنا، بخلاف الرضا بغير المعينة كما سبق.

وبعبارة: من اكتري دابة لبلد فلا يجوز له العدول إلى بلد أخرى إلا بأذن ربها، بخلاف ما لو أكري دابة ثم أراد أن ينتقل إلى دابة أخرى فلا يجوز ولو أذن ربها وكان الفرق أنه لما أخذ غير الأولى اتهم على فسخ العقد الأول فصارت الأجرة في ذمة المكري ففسخها فيما لا يتعجله ولما كانت المسافة في العدول مساوية للأولى صارت بمثابتها. أفاده «خ».

● **ص:**

وحمله معك والكراء لك إلا أن تحمل زنة أو تقول حمل المثل.

● **ش:**

عطف على الممنوع والضمير في (حمله) لرب الدابة والخطاب للمكتري والرد يف داخل في الحمل فلذا لم يذكره «المص» كما ذكره الأصل.

والمعنى: أنك إذا اكتريت دابة من شخص فإنه لا يجوز لرب الدابة أن يردف خلفك شخصا ولا أن يحمل معك متاعا له أو لغيره وإذا وقع منه ذلك فكر الرد يف والمتاع لك أيها المكتري لأنك باتكرائها منه ملكت منفعة ظهرها فلا كلام لربها معك إلا أن تكون اكتريتها منه لتحمل عليها زنة معلومة كقنطار من كذا فإنه يجوز لربها أن يحمل معك والكراء له أو إلا أن تقول حين العقد أكتريها لأحمل عليها حمل المثل فلا منع ولا كراء لك يا مكتري بلا الكراء لربها فقوله: (إلا أن تحمل زنة... إلخ) مستثنى من المنع ومن كون الكراء لك أي: إلا أن تحمل عليها زنة... إلخ، فيجوز لربها الحمل معك والكراء له لا لك.

وقوله: (أو تقول حمل المثل) عطف على المستثنى.

وبعبارة: قوله: (إلا أن تحمل زنة) مقيد بأن لا تضر زيادة الحمل كما إذا كان عند زيادته لا يصل إلا في يومين فإن حصل بها ضرر منعت.

فرع:

إذا حمل على الدابة المكتراة إلى موضع أقل من الحمل المشروط غلطا منه ولم يعلم ذلك حتى وصل فعليه الكراء كاملا إذ لو شاء لتثبيت في حمل الجميع وهذا مفروض في من اكتري دابة ليحمل عليها زنة، أما إن كان العقد على مجرد حمل الزنة كما يقع لحجاج مصر فالبرة بما تبين حمله هذا مخلص ما في «حش».

● **ص:**

والسفينة كالدابة.

● **ش:**

هذا تشبيه في جميع ما مر في الدابة لا في ما قبله فقط وهو قوله: (وحمله معك... إلخ) فيعلم منها أن من اكترى سفينة لا يجوز لربها أن يحمل فيها أحدا غيره ولا متاعا له أو لغيره وإن وقع ذلك فالكراء للمكتري إلا أن تحمل زنة فيجوز لربها الحمل عليها إلا إذا أضر وخيف منه الفرق فلا يجوز، والله أعلم.

● **ص:**

وإن أكرى لأضر ضمن.

● **ش:**

قوله: (لأضر) يدخل فيه غير الأمين والأقل أمانة، وأما قول الأصل: وضمن إن أكرى لغير أمين؛ فظاهره أنه إذا أرها لمن هو دونه في الأمانة لا ضمان عليه وليس كذلك.

يعني: أن المستأجر إذا أكرى الدابة مثلا لإنسان أضر منه عليها بأن كان معروفا بفقر الدواب أو أتعابها أو ثقيلا ولو مساويا له في الثقل أو دونه فيه أو غير أمين أو أقل أمانة فإنه يضمن الدابة لربها إذا تلفت لتعديه، وكذا يضمن المكتري الثاني ولو السماوي إن علم بتعدي الأول أو لم يعلم بتعدي الأول ولكن تلفت بسببه عمدا بل

ولو خطأ؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كالمكتري إن علم التعدي أو تلفت بسببه.

● ش:

أي: وكذا يضمن المكتري الثاني إن علم بتعدي الأول أو لم يعلم وتلفت الدابة بسببه ولو خطأ فلربها أن يتبعه، فإن لم يعلم بالتعدي ولم يكن التلف بسببه فإن علم أنها في يد من أكراها بكراء فلربها أن يرجع عليه أيضًا في عدم المكتري الأول، وأما إن لم يعلم بذلك بأن اعتقد أنها ملكه أو لم يعتقد شيئًا فلا رجوع عليه بحال وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

أو أعدم الأول وعلم أنه مكتري.

● ش:

أي: وكذا يضمن الثاني أن أعدم الأول وعلم الثاني أن الأول مكتري، أما إن لم يعدم الأول فلا ضمان على الثاني سواء علم أنها ملك الأول أو لا، والموضوع أنه لم يعلم بالتعدي ولم يكن التلف بسببه، وكذا لا يضمن للثاني إن لم يعلم بأن الأول مكتر بأن اعتقد أنها ملكه أو لم يعتقد شيئًا أعدم الأول أو لا.

● ص:

وإن زاد مسافة ولو قلت أو حملا تعطب به فكراؤه إن سلمت.

● ش:

قوله: (أو حملا تعطب به) سيأتي مفهومه في قوله: (كما لا تعطب به).

وقوله: (فكراؤه إن سلمت) راجع للمسألتين أي: زيادة المسافة وزيادة الحمل.

يعني: أن المكتري إذا زاد على الدابة مسافة على المسافة التي اكتري إليها ولو قلت المسافة الزائدة كالميل كانت تعطب بمثلها عادة أو لا، أو زاد عليها حملا تعطب بمثله فإنه يلزمه كراء الزائد في المسافة والحمل بإلغاء ما بلغ مع الكراء الأصلي ولا تجير له في الغنيمة ومحل لزوم كراء الزائد إن سلمت الدابة في

المسألتين وسيأتي حكم ما إذا أعطيت.

ويستثنى من الزيادة القليلة في المسافة ما يزيده الناس عرفا فلا شيء عليه فيه كما يفيد ذلك قوله آخر المبحث: (والزيادة والنقص المعتاد إن لغو) أو إنما أطلق في زيادة المسافة وقيد في زيادة الحمل بما تعطب به؛ لأن زيادة المسافة محض تعد فشده فيها، بخلاف الحمل فالمأذون وغيره مصطحبان معًا فغلب الأذن فيما لا تعطب بسببه؛ ولذا قال ابن يونس: قيد والحمل بما قطب به وأطلقوا في المسافة لحصول الأذن في الحمل في الجملة دونها فكلها تعد بخلافه إذ بعضه وبعضه ولكراء حملا يشمل زيادة الوزن.

تنبيه:

إذا زاد في المسافة فعطبت بسماوي فلا يضمنها وإنما عليه كراء الزائد مع الكراء الأصلي أفاده «دك» وغيره.

● **ص:**

كما لا تعطب به ولو عطبت.

● **ش:**

تشبيه في لزوم الكراء وتقدم أنه إن زاد عليها حملا تعطب بمثله وسلمت فكراء الزائد مع الكراء الأصلي وسيأتي حكم ما إذا أعطبت في قوله: (وإلا فله أن يختار القيمة... إلخ).

وذكر هنا حكم ما إذا زاد عليها ما لا تعطب به من الحمل.

يعني: أن المكتري إذا نهار على الدابة حملا لا تعطب بمثله فإنه يلزمه كراء الزيادة ولو عطبت، وأولى: إن سلمت، فيدفع له الكراء الزائد مع الكراء الأصلي ولا تخيير له في القيمة.

● **ص:**

وإلا فله أن يختار القيمة يوم التعدي.

● **ش:**

هذا مفهوم قوله السابق: (إن سلمت) أي: وإلا بأن عطبت بما تعطب به عادة

فلربها أن يختار قيمتها يوم التعدي بدل كراء الزائد وله كراما قبل التعدي مطلقًا سلمت أو عطبت.

والحاصل: أنه إذا زاد في المسافة مطلقًا أو زاد في الحمل ما تعطب به وسلمت في الصورتين فإنه يلزمه كراء الزائد مع الكراء الأصلي كما إذا زاد من الحمل ما لا تعطب به سلمت أو عطبت.

وأما إن زاد مسافة مطلقًا أو حملا تعطب به وعطبت فيها فله أن يختار قيمة الدابة يوم التعدي وكراء الزائد فله الأكثر منها وله كراء ما قبل التعدي مطلقًا.

وذكر «ح» في العطب بزيادة الحمل تفصيل فقال: وحاصل ضمانه هنا أنه إذا زاد من أول المسافة خير ربها بين أخذ قيمتها ولا شيء له من الكراء الأول ولا من كراء الزائد وبين أخذ الكراء بين وإن زاد في أثنائها خير بين أخذ قيمتها مع كراء ما قبل الزيادة وبين أخذ الكراء الأول إن كان استوفي المسافة أو قسطه مع كراء الزائد فهو مخيرين أمرني هذا إذا تلفت، وأما إن تعيبت فيقوم الأرش منزلة الغيمة. انتهى المراد منه.

وقوله: (وأما تعيبت... إلخ) أشار إليه «الش» بقوله: (وأرش العيب كالغنيمة) أي: كالغنيمة في التخيير السابق.

• **ص:**

وإن حبسها ما يغير سوقها فلربما كراء المدة أو قيمتها منع الكراء الأول.

• **ش:**

قوله: (ما يغير سوقها) (ما) فيه واقعة على زمن؛ أي: حبسها زمنا يتغير فيه سوقها كأجل السلم.

يعني: أن المكتري لدابة إذا حبسها عنده بعد مدة الكراء زمنا يتغير فيه سوقها التي تزاد له كراء وبيعا كخمسة عشر يوما فأكثر ثم رجعت بحالها لم تتغير فإن لربها الخيار بين أن يأخذ كراء المدة التي حبسها فيها مع الكراء الأصلي سواء استعملها أو لا، ويأخذ قيمتها يوم التعدي مع الكراء الأول وأما إن حبسها زمنا يسيرًا لا يتغير فيه سوقها كاليوم ونحوه فليس لربها الاكراء الزائد فقط.

● ص:

ولك فسخ العضوض والجموح والأعشى كأدبر فاحشًا فإن اطلع عليه بعد حط عنه.

● ش:

يعني: أن من اكترى شيئًا من الدواب فوجده عضوضا أو جموحا أو أعشي أو ادر فاحشا في الدبر أو نحو ذلك، فإن له فسخ الكراء عن نفسه وله البقاء بالكراء الذي وقع عليه العقد؛ لأن خيرته تنفي ضرره فلو لم يطلع على أن عضوض أو أعورا أو أعشي أو جموح أو فاحش الدبر إلا بعد انقضاء المسافة فإنه يحط عنه من الكراء بحسب ذلك العيب كما أشار لذلك بقوله: (فإن أطلع عليه بعد حط عنه) أي: فإن لم يطلع على العيب إلا بعد انقضاء المسافة فإنه يحط عن المكتري ارش العيب والعضوض هو الذي يعض من يقرب منه وليس المراد منه المبالغة في العض وإلا لأفاد أنه لا يفسخ الكراء إلا إذا كثر منه العض وليس كذلك والجموح القوي الرأس الذي لا ينقاد إلا بعسر والأعشى هو الذي لا يبصر ليلا لكن المكتري له الفسخ ولو لم يحتجه ليلا خلافًا للخمي فإنه قيد الفسخ بما إذا احتاج إليه بالليل.

وقوله: (كأدبر فاحشا) تشبه في جواز الفسخ وأدبر صفة لمحذوف وفاحشا حال منه؛ أي: وكذا يجوز لك فسخ كراء حيوان أدبر حال كونه فاحشا في الدبر لا إن كان دبره خفيفا وإنما فصله بالكاف ليرجع قيد الفحش له خاصة لا له ولما قيد.

● ص:

وإن اكتريته لطحن أردبين كل يوم فعجز فلك التمسك بالقسط والفسخ.

● ش:

يعني: أنك إذا اكتريت ثورا ليطحن لك كل يوم أردبين بدرهمين مثلا فعجز الثور عن طحن الأردبين في اليوم كان لم يقدر إلا على طحن أردب فقط فإنه يثبت لك الخيار بين فسخ الكراء في أصله والتمسك بالقسط أي: بما ينوب المقدور عليه من الأجرة لا بجميع الكراء كما حققه الرماصي؛ لأن جميع الكراء في تعاقد عليه في مقابلة الأردبين فيلزمه درهم الأردب المقدور عليه ويسقط عنه درهم الأردب

المعجوز عنه، وقيل: إن تمسك يتمسك بجميع الكراء وخبرته تنفي ضرره.

فإن قلت: تقدم أن الجمع بين الزمن والعمل مفسد للعقد إلا أن يزيد الزمن وهنا قد جمع بين الزمن والعمل ونقص الزمن عن العمل.

يجاب: بأنهما حين عقد الكراء اعتقد أن الزمن يزيد عن العمل فجاء نقص الزمن من عجز الثور.

وأجاب بعضهم: بأن الإمام جوز هنا الجمع بين الزمن والعمل لقلة وقوع المعاقدة على ذلك ولم يجز ذلك في الصانع لكثرة المعاقدة فيها على ذلك. فالعذر في الأول قليل، بخلاف الثاني وعهدته عليه. انتهى، قاله «خ».

● ص:

والزيادة والنقص المعتادان لغو.

● ش:

هذا متعلق بجميع مسائل الباب لا بخصوص ما قبله وهو مسألة الثور.

يعني: أن المكتري إذا زاد في الحمل أو في المسافة أو نقص فيها وكان كل من الزيادة والنقص معتادا للناس كاختلاف المكاييل فإن ذلك لغو في المسافة وغيرها فلا شيء للمكري في الزيادة ولا شيء عليه في النقص.

وكذا تقول مثل ذلك في الأعمال والصنائع فيلغي ما اعتيد من نقص أو زيادة.

❊ ❊ ❊

وصل [ذكر فيه كراء الحمام والدار والعبيد والأرض واختلاف المتكارين وما يتعلق بذلك]

فقال:

● ص:

يجوز كراء كالحمام والدار الغائبة كالبيع.

● ش:

(كراء) بالمد وهو بمعنى الاكتراء فيعلم منه حكم الإكراء وأدخل بالكاف الفرن والطاحون ونحوها.

وقوله: (كالبيع) تشبيه لجواز كراء كالحمام والدار الغائبة بجواز بيعها في الشرط والموانع.

قال ابن رشد: الكراء اشتراء المنافع فهو بيع من البيوع يحله ما يحلها ويحرمه ما يحرمها فلا يجوز فيه الغرر ولا الجهل.

يعني: أنه يجوز اكتراء الحمام ونحوه كالفرن والطاحون والمعصرة والمجبت ومعمل الفروج كما يجوز بيعها؛ لأن الكراء اشتراء منافع كما سبق عن ابن رشد فيعتبر فيه ما يعتبر في البيع.

وكذا يجوز كراء الدار الغائبة والربع والحانوت والخان فالكاف يقدر دخولها على الدار ليدخل بها ما ذكر وظاهره الجواز ولو بعدت الغيبة كان يكتري الدار ونحوها بمصر وهو بمكة وجواز كراء الدار الغائبة كجواز بيعها وهي غائبة فيكون برؤية سابقة لا تتغير بعدها أو خيار إذا رآها ووصف ولو من البائع لكن لا يجوز النقد بوصف البائع وهو هنا بائع المنافع وهو المكري.

والحاصل: إنما يجوز في البيع يجوز في الكراء وما يمنع في البيع يمنع في الكراء؛ لأن الكراء بيع منافع فهو بيع من البيوع فلذا شبهها لبيع كما تقدم وإنما جاز كراء الحمام لجواز دخوله وإن كان مرجوحا كما يفيده قول الإمام والله ما دخوله بصواب

أي: حسن وبعضهم حمله على المنع إذا كان بغير وجهه الشرعي كالدخول متجردا.

● ص:

وجزء شائع وإن من كعبد.

● ش:

عطف على حمام؛ أي: وكذا يجوز كراء جزء شائع كنصف أو ربع من حمام أو دار بل ولو من كعبد وحمار وفرس فتقسم خدمة كالعبد بين المكري والمكتري بحسب ما اكتري منه، وإن كان له غلة اقتسامها على قدر الحصص، ومنع الحنفية والحنابلة كراء الجزء الشائع إلا للشريك.

● ص:

وفسدت بشرط إن خرج رجعت لربها أو لا يتصرف بنحو الكراء إلا أن يسقط الثاني.

● ش:

قوله: (بنحو الكراء) أدخل فيه بكلمة بنحو الإسكان أي: إسكان الغير فيها والثاني صفة لمحذوف أي: إلا أن يسقط الشرط الثاني وهو قوله: (أو لا يتصرف بنحو الكراء).

وأما الأول: فهو قوله: (إن خرج رجعت لربا).

والمعنى: أنها تفسد الإجارة إذا شرط المكري على المكتري أنه إن خرج من الدار قبل تمام المدة رجعت الدار لربها مجانا أو شرط عليه أنه إن خرج لا يتصرف فيها بنحو الكراء والإسكان إلا أن يسقط الشرط الثاني فلا تفسد هذا هو المعول عليه خلافًا القول اللخمي أن الشرط الثاني فاسد كالعدم لا حاجة لإسقاطه. اهـ.

وأما الأول فلابد معه من الفسخ مطلقًا ولو أسقط لشدة الغرر.

● ص:

وجاز شرط إن سكن يوما لزمت.

● ش:

أي: وجاز لمن أكري أن يشترط على المكتري أنه إن أسكن الدار يوما فأكثر من

الشهـر لزمته المدة كلها بشرط بقائها على تصرف ملكه بالكراء والسكني والإسكان ونحو ذلك بأن دخلا على أن المكتري يملك بقية المدة بأن يتصرف فيها بالسكني والإسكان والإكراء، أما إن دخلا علـى أنه إن خرج منها رجعت لـربها أو لا يتصرف المكتري المدة بكراء ولا غيره فإنه لا يجوز كما سبق.

• ص:

وعدم بيان المبدأ وهو من العقد ولا يقضي ما فات إن نقد الأجرة.

• ش:

هذا عطف على فاعل (جاز) المتقدم.

يعني: أنهـا تجوز الإجارة لـدار أو غيرها وحـسبة أو مشـاهرة من غير بيـان مبدأ المدة وهو من حين عند الإطلاق.

وبعـبارة: تجوز الإجارة مدة معلـومة كقوله استأجـرت منك الدار سنة من غير أن يذكر الابـتداء ويحمل ابتـداء ذلك على أنه من يـوم العقد ومـنكسر الـشهور يعتبر بالعدد فـإن وقع عقد الكراء على شهر فإن كان في أوله لزمه كله على ما كان عليه من نقص أو تمام وإن كـان في أثنائه لزمه الكـراء في ثلاثين يوما من يـوم العقد وكذلك في السنة فإن كان في أول شهر لزم أثنا عشر شهرا بالأهلة.

وإن وقع بعدمـا مضي من الـستة عشرة أيـام مثلا حسبا أحـد عشر شهـرا بالأهلة وشهرا علـى تمـام ثلاثين يـوما وإذا مـضي بعض الـمدة قـبل تمكن الـمكتري من السكـني مثلًا سقط عنه مـا ينويه من الكـراء أو يـسكن بقيـة المدة وليـس له بدل ما مضي منها قبل التمكن.

قال من مختصر المتيـطية: فإن منعه منها بعض المـدة المشترطة ثم تمكنه فعليه بحساب ما سكن ولا يكون له أن يزيد بعض المدة بقدر ما منع منه. انتهى.

ونحوه في المدونة، وإليه الإشارة بقوله: (ولا يقضي ما فات إن نقد الأجرة) أي: أنه إذا فاته شيء من المدة فـلا يقضي ذلك الفائت إن نقد الأجرة ولم يستردها؛ لأنه فسخ ديـن في دين كمـا سبق أمـا إن لـم ينقـذ الأجرة أو نقـدها واستـردها فـيجوز القضاء؛ لأنه كابتداء عقد.

واعلم أن الكل إما وجيبة أو مشاهرة والأول لازم نقدا أو لا، والثاني لازم إن نقد وإلا فلا والمشاهرة لقب لمدة غير محدودة وهي عبارة عندهم عما عبر فيه بلفظ كل نحو كل شهر بكذا أو كل يوم أو كل جمعة أو كل سنة بكذا، والوجيبة لقب المدة محدودة، وهي عبارة عما لم يصرح فيه بلفظ كل نحو اكتريتها منك شهر كذا أو سنة كذا أو هذا الشهر أو هذه السنة أو إلى شهر كذا أو إلى سنة كذا وإلى يوم كذا، وإلى ما ذكرنا أشار بقوله:

• ص:

والوجيبة ما لم يصرح فيها بكل لازمة إلا أن يتراضيا على الفسخ أو يشترطا عدم اللزوم.

• ش:

(الوجيبة) مبتدأ خبره لازمة.

وقوله: (ما) لم يصرح فيها بكل اعتراض قصد به بيان حقيقتها.

قال «خ»: ولما كان الوجوب أصله السقوط كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾ [الحج:٣٦] أي: سقطت وكان الساقط يلزم مكانه الذي سقط فيه سمي الواجب لازما؛ فلذا سميت وجيبة للزومها. اهـ.

يعني: أن الوجيبة لازمة لها حصل نقد أو لا إلى آخر لأجل الذي سماه إلا أن يتراضيا على الفسخ أو يشترطا عدم اللزوم فلا تلزم من الجانبين فإذا اشترط أحدها فقط عدم اللزوم بأن اشترط أن له الخروج متى شاء كان العقد من كلا من جهته؛ لأنها من جهة الآخر والوجيبة هي ما لم يصرح فيها بكل كاكتريتها منك شهر كذا أو سنة كذا أو يوم كذا أو عشرة أشهر أو أعوام أو أيام بكذا فإن بين المبدأ وإلا فمن يوم العقد.

• ص:

كغيرها بقدر النقد.

• ش:

غير الوجيبة هو المشاهرة وهو تشبيه في اللزوم.

يعني: أن المشاهرة يلزم منها بقدر النقد فقط إلا لشرط عدم اللزوم فيعمل به وقولنا إلا لشرط هو كلام «الش»، وهو في ذلك تابع لـ«عبق»، وتعقب بأنه مع الشرط كراء بخيار وهو يمتنع النقد فيه ولو تطوعا وقد يقال: إن الخيار الممنوع هو ما كان مصرحا به في العقد لا ما كان بحكم الشرع كما هنا.

وبعبارة: يجوز الكراء مشاهرة أو مسافهة أو مياومة نحو كل شهر بكذا أو كل يوم أو كل جمعه بكذا وعقدها غير لازم فلكل من المتكاريين حله عن نفسه متي شاء ولا كلام للآخر إلا أن يكون عجل له شيئًا من الأجرة فيلزم بقدر ما نقد فإذا اكتري منه الدار كل شهر بدينار مثلا ثم عجل له خمسة دنانير لزمه خمسة أشهر.

قال «دك»: ومحل اللزوم إن لم يشترط عدمه وإلا فسد العقد لما يلزم عليه من كراء بخيار والتردد بين السلفية والثمنية. اهـ.

قال «حش»: المشاهرة ككل شهر بكذا ولا لزوم أصلًا وقيل يلزم الأجل المحقق وهو شهر، وقيل: يلزم الشهر إن سكن بعضه. انظر «بن»، وفيه قال اللخمي: قد يلزم المكري الصبر إلى مدة وإن لم يسمياها في العقد للعادة في ذلك كالذي يكري المطمي ليطمر فيها قمحا أو شعيرا وما أشبه ذلك كل شهر أو كل سنة بكذا فليس للمكري أن يخرجه إلا أن تتغير الأسواق بما العادة أنه يباع في مثله، فإن لم يبع كان له أن يخرجه وللمكتري الخروج قبل الغلا؛ لأن البقاء من حقه نقله ابن عرفة ثم تعقبه بأنه من الأجل المجهول الذي لا يجوز شرعا.

وقال في التكميل: وكان ابن عرفة ينشد:

لقد مزقت قلبي سهام جفونها كما مزق اللخمي مذهب مالك

● ص:

وجاز كراء الأراضي وأفسد شرط النقد إلا ذات العيون والمنخفضة.

● ش:

يعني: أنه يجوز كراء الأراضي جميعها للزراعة، فلا مفهوم لأرض المطر في الأصل بل أرض النيل والمطر والآبار والعيون سواء وأفسد العقد شرط النقد للتردد بين السفية والثمنية سواء حصل نقد بالفعل أم لا فشرط النقد كالنقد بشرط وأما

النقد تطوعا بعد العقد فجائز ويستثني من فساد العقد بشرط النقد الأرضي ذات العيون والأرضي المنخفضة فلا يفسد العقد فيها بشرط النقد؛ لأن الأولى تسقي بالعيون والثانية يؤمن ربها ولا نص شرط النقد في أرض اليعون ولو أكريت أربعين عاما كما في الحطاب.

وكذا الأرض المتحقق ربها بالمطر عادة كبلاد المشرف فيجوز كراؤها بالنقد لأربعين عاما فمحل المنع في غير المأمومة.

والحاصل: أن أرض النيل المنخفضة لا يفسد العقد فيها بشرط النقد لا من ربها والمعينة بكسر العين المهملة وهي التي تسقي بالعيون والآبار والمتحقق ربها بالمطر عادة كأرض المشرق بجوز كراؤها بالنقد ولو لأربعين عاما ولو بشرط النقد لعدم التردد بين السلفية والثمنية وأما أرض المطر الغير المأمومة وأرض النيل الغير المنخفضة فيجوز كراؤها سنين إن لم يشترط النقد فإن اشترط النقد فسد العقد ولو في سنة واحدة من سنين وسواء حصل نقد بالفعل أو لا، ويقضي على المستأجر يدفع الكراء في أرض النيل المأمومة إذا رويت بالفعل وإن لم يحصل فيها زرع وأما أرض السقي والمطر فلا يقضي على المكتري فيها بدفع الكراء إلا إذا تم الزرع واستغني عن الماء؛ لأن أرض النيل لا تفتقر لما بعد الزرع، بخلاف غيرها ذكره الأصل ولم يذكر «المص»؛ لأنه لابد من التمكن بعد الري فاندرج ذلك في عموم ما يأتي وهو قوله: (ولزم الكراء بالتمكن)؛ ولذا اعتذر «الش» عن عدم ذكر ذلك هنا بقوله: ولم أذكر ما في الأصل من وجوب النقد بالري؛ لأنه لابد من التمكن بعد فاندرج في عموم ما يأتي.

تنبيه:

علم من عدم وجوب دفع كراء أرض النيل قبل الري أنه ليس للملتزمين بالبلدان يأخذ والخراج إلا إذا رويت الأرض فإذا قال الملتزم: إن السلطان حكم بأن النيل إذا بلغ كذا من الأذرع كان ريا فتأخذ الخراج منكم فتقوله لإبل حتى نروي بالفعل؛ لأن من ظلم لا يظلم، ومن ذلك الفلاحون إذا أجر بعضهم لبعض ثم إن الملتزم إذا ظلم صاحب الأرض فلا يلزم الزراع أن يدفع له ما ظلم فيه، قاله الجداوي، والملتزم

في الزمان القديم هو المتعهد في زماننا هذا.

● ص:

وجاز قدر من أرض إن عين أو تساوت.

● ش:

أي: أنه يجوز كراء قدر من أرض معينة كأذرع أو فدادين إن عين القدر أي: جهته التي يؤخذ منها أو تساوت الأرض في الجودة والرداة وفي الأمن والخوف، فإن لم تعين أو اختلفت منع فالشرط أحد الأمرين أما التعين أو التساوي واحترز بالقدر من الجزء الشائع كالربع فلا يشترط فيه شيء.

ولذا قال «الش»: أما الشائع فسق مطلقًا أي: سبق جوازه مطلقًا عن التقييد بشيء أي: لا يشترط فيه التساوي ولا يتأتى تعيين مع الشيوع.

● ص:

وجعل معروف الحرث والتزبيل أجر البقاء نفعه.

● ش:

قوله: (وجعل) بفتح الجيم وهو عطف على فاعل (جاز) وإضافة (معروف) لـ(حرث) وما بعده من إضافة الصفة للموصوف أي: الحرث أو التزبيل المعروف قدرا وجنسا.

يعني: أنه يجوز جعل حرث الأرض أو تزبيلها أجر إليها لبقاء نفعه في الأرض بعد مدة الكراء بشرط أن يعرف قدر الحرث كحرثها ثلاث مرات وبزرعها في الرابعة وقدر التزبيل كعشرة أحمال ولابد من معرفة جنس الزبل أي: نوعه؛ لأن الزبل أنواع، فإن لم يعرف قدر الحرث والتزبيل ونوع الزبل فسد الكراء ولا فرق بين أن يكون الأجر هو الحرث وحده أو التزبيل وحده أو التزبيل وحده أو هما معًا أو أحدهما مع دراهم مثلا؛ لأن ما ذكر منفعة تبقي في الأرض والكلام في الأرض المأمومة إذ غيرها يفسد فيها الكراء باشتراط ذلك لأنه يصير كنقد اشترط في غير المأمومة.

وبعبارة: لابد من معرفة قدر الحرث كثلاث مرات ولابد أيضًا من معرفة نوع الزبل؛ لأن الزبل أنواع.

وكذا يشترط معرفة قدره كعشرة إحمال؛ لأن الأرض مختلفة فبعضها ضعيف الحرارة فيقويه كثرة الزبل وبعضها قوي الحرارة فيضعفه كثرة الزبل.

● **ص:**

وكراء أرض غرسها مستأجرها بعد المدة.

● **ش:**

عطف على فاعل جاز أيضًا وبعد المدة ظرف لكراء أي: وجاز كراء الأرض سنين مستقبلة بعد مدة الاستئجار التي غرس فيها المستأجر سواء كان كراؤها الذي الشجر أو لغيره ويأمره بقلع شجره إن لم يرضه.

وصورة المسألة: أن رجلا أجر أرضه لرجل آخر مدة معلومة فغرسها المستأجر شجرا ثم اكراها ربها ثانيا مدة مستقبلة بعد انقضاء مدة الإجارة للغرس سواء اكراها لذي الشجر أو غيره فإن أكراها لذي الشجر فظاهر، وإن أكراها لغير ذي الشجر فللمكتري أن يأمر صاحب الشجر بقلع شجره إن لم يرضه صاحب الشجر بشيء من عنده وله أن يدفع له قيمة شجره منقوضا فتحصل أن الكراء الثاني إنما وقع بعد انقضاء المدة الأولى التي غرس فيها المستأجر الأول والغرس موجود في الأرض وعبارته أوضح وأخص من عبارة الأصل.

● **ص:**

لا إن زرعها فالكراء حتى يطيب.

● **ش:**

يعني: أن مستأجر الأرض إذا زرعها فانقضت مدة الإجارة قبل طيب الزرع فإنه يلزمه كراء الأرض حتى يطيب زرعه ولا تكري الأرض لغيره قبل طيب زرعه؛ لأن الزرع إذا انقضت مدة إجارت قبل طيب لم يكن لرب الأرض قلعه وإنما له كراء أرضه، بخلاف الشجر فإن له أن يأمر الفارس بقلعه وتقييد بعضهم المنع بما إذا كان الزراع يعلم أن زرعه يتم طيبه في مدة الإجارة وإلا جاز الكراء وللمكتري أن يأمره بقلعه كالشجر ضعيف أما كراء الأرض لزراعها فجائز قطعا.

وبعبارة: إذا زرع الأرض مستأجرها فلا يجوز كراؤها لغيره في المستقبل مدة

منها المدة التي يحتاج إليها الزرع؛ لأن الزرع إذا انقضت مدة إجارته لم يكن الرب الأرض قلعة، بخلاف الشجر.

والحاصل: أن الأرض المستأجرة إذا نقضت مدة إجارتها وكان فيها شجر فإنه يجوز لربها كراؤها لغير ذي الشجر ويؤمر بقلع شجره وإن كان فيها زرع قد طاب فكذلك وإن لم يطب فلا يجوز كروها لغير ذي الزرع ويترك الزرع لتمام طيبه وليس لرب الأرض أن يأمره بقلعه وإنما له كراء أرضه في المدة التي يطيب فيها الزرع والشجر إذا كان فيه ثمر قد أبر كان بمنزلة الزرع كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كأن أبر الشجر.

● ش:

يعني: أن الشجر إذا نقضت مدة إجارته وفيه ثمر قد أبر فإنه يكون كالزرع بجامع الضرر في القلع فيترك حتى يطيب الثمر وعلى ربه الكراء ولا يجوز كراؤها لغيره إلا بعد جزاء الثمر.

● ص:

وكنس المرحاض بالشرط أو العرف وإلا فعلى المكري وهل وإن حدث بعد الكراء؟ خلاف.

● ش:

يعني: إن كنس المرحاض بالشرط على المكري أو على المكتري أو بالعرف مع عدم الشرط فالشرط مقدم، فإن لم يكن شرط ولا عرف فعلي المكري وهل على المكري وإن حدث المرحاض بعد الكراء أو الحادث على المكتري؟ خلاف وعرف مصر أن الدار الموقوفة على الوقف والمملوكة على المكري.

● ص:

وشرط كمرمة من كراء.

● ش:

عطف على فاعل (جاز) وأدخل بالكاف التطيين والرم إصلاح ما تحتاج إليه

الدار أو الحمام مثلا والتطيين جعل الطين على سطحها، والفرق بين أن يكون الكراء قد وجب على المكتري أما في مقابلة سكنى مضت أو باشتراط تعجيل الكراء أو يجري العرف بتعجيله أو لم يجب عليه على المعتمد فلذا لم يقيد «المص» الكراء بالوجوب كما فعل الأصل وهذا معنى قول «الش» ولم أقيده بالوجوب لتضعيف الرماصي له.

والمعنى: أن المكري يجوز له أن يشترط على المكتري ترميم الدار أو تطينها من الكراء الذي وجب عليه في المستقبل الماضي أو سيجب عليه في المستقبل أما إذا اشترط عليه أنه يفعل ذلك من عنده ولا يحسب من كراء فلا يجوز ويفسخ العقد للجهالة إذ هو في الحقيقة من الأجرة ولا يعلم قدر ما يصرف فيه أما إذا تبرع بذلك المكتري بلا شرط فذلك جائز.

وقيد بعضهم جواز الشرط الترميم أو التطيين على المكتري بما إذا كانت الدار تحتاج إلى ذلك مرة أو مرتين في السنة لا إن قال: كلما احتاجت، فلا يجوز للجهالة.

وإذا وقع العقد على شرط الدم والتطيين من الكراء ثم رجع المكري بعد العقد وقال له: لا تصرف، فليس له ذلك.

● **ص:**

وحميم أهل ذي الحمام أو نورتهم.

● **ش:**

عطف على (كمرمة) يعني: أنه يجوز لمكري حمامه أن يشرط على المكتري حميم أهله أي: غسلهم أو يشترط عليه نور تهم بضم النون ومحل الجواز إن عرف ذلك بشرط أو عرف بأن كان للعرف أنهم يدخلون للحميم في الشهر مدة مثلا وإن قدر نورتهم كذا ولابد من علم عددهم أيضًا وما في الأصل من المنع محله إن لم يعرف ذلك بشرط أو عادة للجهل فقوله الآتي: (إن عرف جميع ذلك) راجع للحميم وما بعده ويحتمل رجوعه أيضًا؛ لقوله: (وشرط كمرمة) كما أشرنا له في التقييد السابق.

● **ص:**

أو خبز أو خياطة ما يحتاج له إن عرف جميع ذلك.

● **ش:**

عطف على ما مر أيضًا.

وقوله: (ما يحتاج له) راجع للخبز والخياطة؛ أي: وكذا يجوز لمن أكرى فرنه لخيار أن يشترط عليه أن يخبز له ما يحتاج إليه هو وعياله في السنة أو الشهر أو الأسبوع.

وكذا يجوز لمن أكرى حانوته مثلا لخياط أن يشترط على المكتري خياطه ما يحتاج له هو وعياله في السنة ونحوها إذا عرف عيال الرجل وما يحتاجون إليه من خبز أو خياطة؛ ولذا قال «المص»: إن عرف جميع ذلك، فإن لم يعرف منع فما في الأصل من المنع محله إن لم يعرف كما سلف.

تنبيهان:

الأول: لا يجوز للرجل أن يستأجر الأرض لينفعل فيها ما شاء من بناء أو غرس إذا كان بعض البناء أو الفرس أضر على الأرض من بعض ولم يكن لهم عرف يصار إليه فإن بين نوع البناء أو ما يبني فيها من دار أو معصرة أو رجي وبين نوع الفرس جاز كما لو جري عرف بشيء معين وكذلك إذا لم يكن أضر فإنه جائز بلا تعيين كما إذا استأجر الأرض ليزرعها حنطة فبداله فزرعها شعيرا وعكسه إذ لا ضرر في ذلك.

الثاني: صرح جماعة بمنع الفرس والزرع في المسجد وقالوا: لا يجوز الحفر فيه ولا الدفن فيه، قالوا: ولعل من يذكر الكراهة أراد كراهة التحريم. أفاده «خ».

● **ص:**

وخير إن أكرى وكيله الدار بعرض أو حابى ورجع على الساكن إن أعدم الوكيل.

● **ش:**

يعني: أن الوكيل ولو مفوضا إذا أكري أرض موكله أو داره أو دابته بعرض والعادة الكراء بالنقد أو جابي في الكراء فإنه يخبر الموكلي في الإجارة والرد إن لم يفت فإن

فات رجع على الوكيل الميسر بالمحاباة وكراء المثل في العرض ولا يرجع الوكيل على المكتري فإن أعدم الوكيل رجع على المكتري ولا رجوع للمكتري على الوكيل ومحل البداة بالوكيل الميسر ما تم يعلم المكتري بالنقد وإلا كان له غريمان يتبع أيهما شاء ومثل الوكيل ناظر الوقف، وكذا الوصي يجامع التصرف عن الغير في الكل على غير وجه المصلحة.

• ص:

ومنع كراء أرض لتغرس فإذا انقضت فهو لرب الأرض أو جزؤه.

• ش:

قوله: (فهو) أي: الغرس بمعنى المغروس.

وقوله: (أو جزؤه) أي: جزء الفرس كنصفه أو ربعه وهو بالرفع عطف على ما هو من قوله: (فهو) أي: فهو أو جزؤه لرب الأرض.

يعني: أنه لا يجوز كراء الأرض مدة كعشر سنين لتغرس أشجار معلومة فإذا انقضت المدة فالغرس كله أو جزوه ملكا لرب الأرض للجهل بما يبقي من الشجر بعد المدة فالأجرة هي الشجر كله أو جزؤه ولا يدري أيسلم لانقضائها أو لا، وسواء كان مع الشجر دراهم أو لا، فإن جعل له الجزء من الآن جاز؛ لأن ما أجره به معلوم مربي وهو قول ابن القاسم وهو المشهور، وقال غيره: لا يجوز وإذا وقع العقد على ما ذكر «المص»، فقيل: إنه كراء فاسد والغرس لمن غرس وعليه لرب الأرض كراء المثل وتفوت بالغرس وهو ظاهر المدونة وقيل إجارة فاسدة تفسخ متي أطلع عليها والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجره عمله ويطالب بما استقله من الثمر فيما مضي، والله أعلم.

• ص:

والسنة في المطر بالحصاد.

• ش:

يعني: أن السنة في أرض المطر وكذا أرض النيل تنقضي بحصاد الزرع منهما فمن استأجر أرض مطر أو نيل سنة أيام نزول المطر أو أيام ربها بالنيل فإنها تنقضي

السنة بحصاد الزرع منها فإن تكرر الحصد بأن كانت الأرض تزرع مرارا فأوله هو المعتبر كما في «الش» عن مُحَشِّي الخَرَشي.

وفي «دك»: أن السنة تنقضي بالحصاد وكانت تزرع مرة أو أكثر.

وفي «دص»: أنها بالحصاد ولو كانت المدة أربعة أشهر أو أقل.

وفي «خ»: أنها بالحصاد كانت تزرع مرارا في السنة أو مرة والعبارات فلها مرادها واحد أما إذا كانت الأرض تطعم بطونا كالبرسيم فبآخر بطن.

والمراد بالحصاد أخذ الزرع من الأصل فيشمل جزء الزرع سواء كان قمحا أو شعيرا أو قصا أو غير ذلك ويشمل الرعي في نحو البرسيم والقلع في كاللفت والملوخية والكمون ونحو ذلك.

• ص:

وفي أرض غيره بالشهور.

• ش:

ضمير غيره للمطر أي: والسنة في أرض غير المطر والنيل وهي أرض السقي بالآلة من العيون والآبار تنقضي بالشهور فيلزم فيها أثناء عشر شهرا من يوم العقد.

• ص:

فإن تمت وله زرع فكراء الزائد مستقلا.

• ش:

هذا مفرع على ما قبله ولا يصح تفريعه على الأول؛ لأن السنة فيه الحصاد.

يعني: أنها إذا تمت الشهور وله في الأرض زرع أخضر أو ثمر لم يطب فإنه يلزم رب الأرض إبقاؤه وإذا أبقاه فله كراء الزائد على السنة مستقلا أي: في حد ذاته بقطع النظر عن الوجيبة وهو كراء سنة، كما قال سحنون خلافًا لابن يونس حيث قال: يعطي من الوجيبة بالنسبة فإذا كان كراء الوجيبة خمسة وكراء الزائد وأخذ فله خمس كراء الوجيبة الذي تعاقدا عليه قل أو كثر وأما على كلام سحنون فينظر لكراء الزائد في حد ذاته فإذا أبقاه بعد السنة شهرين فعليه كراء المثل فيها بما تقوله أهل المعرفة.

● ص:

ولو زرعه عالما بقاءه.

● ش:

هذه مبالغة في قوله: (فكر الزائد).

يعني: أنها إذا تمت السنة وله زرع أخضر في الأرض فإنه يبقى فيها لتمام طيبة ويلزمه كراء الزائد ولو زرعه عالما بقاه بعد المدة بكثير على المعتمد خلافًا لما في الخَرَشي من أنه إذا علم بقائه فرب الأرض مخيران شاء أفسده وحرث أرضه وإن شاء إبقائه بالأكثر من كراء الزائد ومن نسبة من الوجيبة. قاله «الش» و«حش».

ونص عبارة «خ»: قوله: (وله زرع أخضر) أي: زرع لم يتم أو شجر لم يوبر وكان يظن الزراع تمامه بعد المدة بيسير وأما لو كان يظن الزراع تمامه بعد المدة بكثير فهو متعد فربها مخير إن شاء حرث أرضه فأفسد زرعه أو أقره بالأكثر من قيمة الكراء ومن كراء الوجيبة. اهـ.

● ص:

وإن انتشر حب فنبت بعد المدة فلرب الأرض ما أشغل.

● ش:

يعني: أن من اكترى أرضا فزرعها فانتشر عند الحصاد وجب من زرعه في الأرض كان انتشاره بآفة كفأر أو برد أو بغير آفة فنبت بعد المدة في عامه أو في العام القابل فإنه يكون لرب الأرض لإعراض ربه عنه بانقضاء مدته بالحصاد؛ ولذا لو بقيت مدة الكراء كان الزرع له.

ومفهوم (انتشر): أنه لو زرعه فلم ينبت في سنة بل في قابل كان لربه وعليه كراء الأرض كما أن عليه كراء العام الماضي إن كان تأخره لغير عطش ونحوه وإلا فلا كما يأتي.

وقوله: (وإن انتشر حب) أي: لمكترا أو غيره كمستعير فلا مفهوم للمكتري في الأصل بل هو فرض مسألة فكلما ينتشر في الأرض المزروعة بكراء أو غيره إذا نبت فيها بعد تمام مدة زرعها فإنه يكون لرب الأرض لا لزرعها فإن كان رب الأرض

أجرها لغيره فنبت في مدة كرائها لغيره فهو لرب الأرض لا للمكتري ويسقط عن المكتري بحسب ما شغل الحب الذي نبت.

● ص:

كبذر جره السيل لا زرع فلربه.

● ش:

تشبيه في كون الزرع لرب الأرض وزرع عطف على بزر.

يعني: أن السيل إذا جر بذرا من أرض إلى أرض فنبت فيها فإن الزرع يكون لرب الأرض التي أنجز إليها البذر لا لرب البذر.

وأما إذا جر السيل زرعا من أرض إلى أرض أخرى فإن الزرع يكون لربه على الأرجح وعليه كراء الأرض لربها وقيل هو لرب الأرض ولا شيء فيه لصاحبه والنيل كالسيل في هذا التفصيل.

وقوله: (كبذر) أي: حب بذره شخص وهذا، بخلاف الحب الذي يجره السيل من الجرين فإنه يكون لربه كما في «حش».

● ص:

كشجر أخذه للنبت وإلا فلرب الأرض دفع قيمته مقلوعا.

● ش:

تشبيه في قوله: (فلربه)؛ يعني: أن الشجر إذا أخذه ربه للنبت أي: أراد أخذه للنبت بغرسه في أرض أخرى فجره السيل إلى أرض غيره فنبت فيها فإن الشجر يكون لربه وعليه كراء الأرض ولا يأخذه للنبت بأن كان لا يغرسه في أرض أخرى وأراد ربه جعله حطبا على الأظهر فإن لرب الأرض أخذه ودفع قيمته مقلوعا.

وقولنا: (على الأظهر) نظرًا لإرادة ربه جعله حطبا وإن كان الشجر في ذاته يقبل الغرس مرة أخرى، كما قال «حش».

فتحصل من ذلك أن الأظهر في هذا التفصيل المتقدم أنه ينظر لإرادة رب الشجر فإن كانت إرادته أنه يغرسه في أرض أخرى للنبت فهو له وإن أراد جعله حطبا فهو لرب الأرض وعليه قيمته مقلوعا ولا ينظر للشجر في ذاته ويقطع النظر عن إرادة

ربه أي: لا ينظر لكونه ينبت أو لا ينبت إذا غرس مرة أخرى هذا إيضاح كلام «الش» و«حش»، ولكن ظاهر كلام الخَرَشي أنه ينظر للشجر في ذاته بدون إرادة ربه به ونصه: وأما الشجر فيفهم من فرض المؤلف الكلام في البذر أو الزرع أنه لربه ويحمل على ما إذا كان إذا قلع ينبت وإلا فهو لرب الأرض وعليه قيمته مقلوعا. انتهى.

وقد علمت أن الأظهر النظر لإرادة ربه، ولا ينظر لكونه ينبت إذا غرس أو لا ينبت، والله أعلم.

● ص:

ولزم الكراء بالتمكن وأمن كالفأر.

● ش:

يعني: أن المكتري يلزمه الكراء بأمرين:

بالتمكن عادة من التصرف في العين التي اكتراها من دابة أو دارا أو أرض أو غير ذلك،وإن لم يستعمل.

وبأمن كالفأر والدود ونحو ذلك من العاهات الأرضية فإذا تمكن من الزرع ولكن خشي إن زرع أكله الفأر أو الدود فلا يلزمه الكراء إن امتنع لذلك وكذا الجراد إذا باخت في الأرض فمنعت الناس الحرث في إبان الزراعة خوفا من أذية الجراد للزرع فإنه لا كراء لصاحب الأرض.

وأما الجراد الذي لم يكن من الأرض فكالجائحة.

ثم بالغ على لزوم الكراء بالتمكن مع الأمن بقوله:

● ص:

وإن فسد لجائحة.

● ش:

يعني: أن كراء الأرض يلزم بالتمكن والأمن ولو فسد الزرع لجائحة لا دخل للأرض فيها كالبرد والجليد والجيش والجراد الذي لا دخل للأرض فيه وعدم نبات الحب والغاصب، بخلاف الغار والدود كما مر.

● **ص:**

أو سجن.

● **ش:**

عطف على جائحة فهو في حيز المبالغة بتضمين فسد معنى تعطل.

يعني: أنه يلزم كراء الأرض بما ذكر ولو تعطل الزرع لسجن بفتح السين؛ لأن المراد به الفعل.

وأما بالكسر فالمكان الذي يسجن فيه فيلزم كراؤها ولو سجن المكتري ظلما؛ لأنه متمكن من أن يكريها لغيره فإن قصد ساجنه منعه من زرع الأرض ضمن له كراها كما لو أكرهه على عدم زرعها.

● **ص:**

أو عدم بذراً.

● **ش:**

عطف على ما سبق أيضًا فهو بالجر وهو مضاف وبذر مضاف إليه.

يعني: أن المكتري يلزمه كراء الأرض ولو تعطل الزرع لعدم بذر الأرض لإمكان إكرائها لغيره؛ ولذا لو عدم البذر جميع أهل البلد لسقط عنه الكراء والمراد بالبذر ما يزرع في الأرض كان بذرا أو شتلا كالقصب والبصل والكراث الذي له رأس كالبصل.

● **ص:**

أو غرق بعد إبَّان الزرع.

● **ش:**

يعني: أن الكراء يلزم بالتمكن ولو غرقت الأرض بعد فوات الإبَّان سواء زرعها أو لا، وكذا لو غرقت قبل الإبَّان وانكشفت فيه بحيث تمكن من الزرع فإنه يلزمه الكراء، وكذا لو غرقت فيه وانكشفت فيه.

وأما لو غرقت قبله وانكشفت بعده فلا كراء لعدم التمكن.

والمراد بـ(الإبَّان): إبان ما يزرع فيها مطلقًا لا ما اكتريت له فقط.

و(غرق) مصدر عطف على جائحة فهو مجرور كسوابقه وهو في حيز المبالغة كلوا حقه؛ أي: وكذا يلزم الكراء بالتمكن ولو فسد الزرع لفرق للأرض ويحتمل أنه فعل عطف على فسد كالذي بعده المشار إليه بقوله:

• ص:

أو انهدمت شرافات البيت.

• ش:

(شرافات) بضم الشين المعجمة مع ضم الراء وفتحها وسكونها جمع شرفة بضم فسكون.

يعني: أنه يلزم جميع الكراء بالتمكن ولو انهدمت شرافات البيت إلا أن ينقض ذلك من الكراء فيحط منه بحسبه فلو عمرها بلا إذن كان متبرعا لا شيء له إلا أن يأخذ النقض فله أخذه إن كان ينتفع به.

• ص:

أو سكن أجنبي بعضه.

• ش:

عطف على فسد أيضًا كالذي قبله فهو حيز المبالغة.

يعني: أن من اكترى دارا أو نحوه فسكن أجنبي بعضه بلا إذن ربه فإن المكتري يلزمه جميع الكراء أو يرجع على الأجنبي بأجرة مثل ما سكنه وأما بأذن ربه فكسنين ربه.

قال «خ»: وأما لو سكن صاحب الدار بعضها فإن المكتري لا يلزمه سوي حصة ما سكن فقط وإلى ذلك أشار «المص» بقوله:

• ص:

وإن سكن المكري أو انهدم ما ينقص الكراء أو لم يأت ربها بسلم للأعلى أو عطش بعض الأرض أو غرق حط منه بحبسه.

• ش:

قوله: (وإن سكن) مستأنف وجوابه قوله الآتي: (حط منه) أي: حط من الكراء

بحسبه في جميع هذه المسائل.

يعني: أن المكـري إذا سكن جميع الدار أو شغلها بمتـاعه أو لم يمكنه منها فإنه يحـط الكراء عـن المكتري وإن سـكن بعض الـدار أو بعض المـدة فإنـه يحط منه بحسب ذلك.

وكذا إذا انهـدم من الدار مـا ينقص الكـراء كبيت من الـدار فإنه يحـط من الكراء بحسب ذلك.

وكذا إذا ذهب تبطيلها أو تجصيصها فيحط بحسبه ولا خيار للساكن في ذلك كله إلا إذا حصل له بذلك كبير ضرر فيخير في الفسخ وعدمه كما سيقول وخير في مضر.

وإذا كانت الـدار المكتراة فيها علو وسفل ولم يأت ربهـا بسلم يصعد عليه للعلو لينتفع به فإنه يحط عن المكتري بقدر مـا يقابل حصة العلو؛ لأنه لم ينتفع به وهذا، بخلاف البيع فإنه لا يلزم البـائع سلم للمشتري وإذا عطش بعض الأرض في الإبَّان أو بعده أو غرق في الإبـان واستمر حتى فات فـإنه يحط عن المكتري بحسب ذلك من الكـراء، وقيد ذلك بعضهـم بما إذا كان دون الجل وإلا فـلا شيء على المكتري من الكراء.

قال «حش»: أقول: الـظاهر تقييـده بما إذا كان القـليل متفرقا كـما يأتي في تلف الزرع. اهـ.

و(عطش) و(غرق) كفرح.

وبعبارة: إذا عطش بعض الأرض أو غرق قبل الـزراعة كما في المدونة فإنه يحط عن المـكتري بحسبه والمـراد بالبعض مـا دون الحل وأما إذا غرق حـلها أو كلها أو عطـش جلها أو كلها فإنه لا شيء على المكـتري من الكراء، أما إن حصل الفرق بعد وقت الحرث فيلزمه جميع الكراء.

● **ص:**

وخير في مضر كهطل بلا حط.

● **ش:**

يعني: أن المكتري يخير بين الفسخ والإبقاء في حدوث خلل مضر ولو مع نقص

منافع قل أو كثر بلا حط شيء من الكراء فإن بقي فالكراء كله لازم له وخيرته تنفي ضرره، وذلك كهطل وهو تتابع المطر، والمراد به نزول المطر لبلا السقف وخفته وكهدم أو خراب بَاذَهَنْج وهو الملقف، وكهدم ساتر أو بيت من بيوتها.

وقوله: (كهطل) تمثيل بالأخف، فأولى الهدم ونحوه.

ومفهوم (مضر): أنه إن كان لا يضر فلا خيار له ويلزمه السكني إلا أنه إذا كان لا ينقص من الكراء شيئًا فظاهر كسقوط بعض شرا فات البيت ونحوه مما لا يعتني به عادة وإن كان ينقص من الكراء حط عنه بقدره وإن قل كسقوط تجصيصها أو ذهاب بلاطها وهدم بيت من بيوتها وكان لا يضر وسقوط شرافاتها مع تنقيصه من الكراء فإذا أصلح المكتري بلا أذن كان متبرعا لا شيء له في الأقسام الثلاثة فإذا انقضت المدة خير رب الدار بين دفع قيمته منقوضا أو أمره بنقضه كالغاصب، بخلاف ما لو أذن له فله قيمته قائما ما لم يقل به ربها عمر وما صرفت فعلي فيلزمه جميع ما صرفه.

وقوله: (وخير في مضر) أي: إذا لم يصلح المكري بقية المدة فإن أصلح له قبل خروجه لم يكن له خيار بل يجبر على السكني بقية المدة أو يدفع جميع الكراء أما لو أصلح له بعد خروجه فلا يلزمه العود لها.

● ص:

وعطش أرض الصلح مطلقًا لا الخراج لغو.

● ش:

عطف مبتدأ خبره لغو والخراج معطوف بلا النافية على الصلح أي: لا عطش أرض الخراج فلي بلغو.

يعني: أن أرض الصلح إذا عطشت فتلف زرعها فإن عطشها لغو لا يحط به شيء عنهم فيلزمهم جميع الكراء؛ لأنه ليس بإجارة محققة وإنما صالحهم السلطان بمال معلوم ولا يسمي خراجا إلا مجازا، بخلاف أرض الخراج كمصر فإنها إجارة محققة ولأنها أرض عنوة أجرها السلطان فإذا عطشت سقطت الأجرة وظاهره سواء كان العطش قد طرأ بعد الزرع أو قبله والذي في المدونة.

وأما أرض الصلح التي صالحوا عليها إذا زرعوا فعطش فعليهم خراج أرضهم. انتهى، قاله «خ».

ويلغي عطش أرض الصلح مطلقًا ولو أفردت الأرض على المعتمد.

والحاصل: أنه يلغي عطش أرض الصلح ويلزمهم الكراء وهل يلزمهم مطلقًا سواء صالحوا على الرءوس فقط أو على الأرض فقط أو على الأرض مع الرءوس أو مجملا وهذا هو المعتمد أو محل اللزوم ما لم يصالحوا على الأرض وحدها فتعطش فلا يلزمهم الكراء.

ومثل ذلك ما إذا صالحهم بشيء على الأرض والرءوس وميز ما لكل فإن زرعوها فعطشت أو لم ترو فإنه لا يلزمهم كراء فيما قابل الأرض وأما لو صالحهم على الجماجم فقط أو مجملا فيلزمهم قطعا عطشت أو لم تعطش.

وإذا سلم أهل الصلح سقط عنهم ما صولحوا عليه مطلقًا والأرض ملك لهم تباع وتورث عنهم؛ لأنها مال من أموالهم، بخلاف الأرض الخراجية كأرض مصر فإنها أجرة محققة؛ لأنها أرض عنوة موقوفة أجرها السلطان؛ لأنه الناظر والخليفة عن رسول الله ﷺ فإذا عطشت سقطت الأجرة كما مر، ولا تباع ولا توهب ولا تورث فإن مات واضع اليد من الفلاحين فالنظر للسلطان أو نائبه في ذلك ولكن يجب عليه مراعاة المصلحة والعرف فلا ينزع طين واحد لآخر ولا طين أهل بلد لأهل بلد أخرى ولا لنفسه.

وإذا مات واضع يد وكان العرف أن يعطي لورثته الذكور دون الإناث عمل به كما تقدم سد الباب المفسدة، وما جيئ من الخراج صرف في مصالح المسلمين؛ لأن محله بيت مالهم والسلطان ناظر عليه وله الأخذ منه بالمعروف وأما الملتزمون فليس لهم تصرف فيه بوجه ما إذ ليسوا بنواب للسلطان ولا لنائبه وإنما هم حياة مضروب على أيديهم كالجابي في الزكاة ليس له تصرف إلا في جبي الزكاة ويعطي أجرته منها لا من رب المالك.

كذلك الملتزم أي: الذي التزم للسلطان أو لنائبه أنه يجمع خراج البلد الفلانية وله في نظير ذلك ما يسمونه القابض أجرة ثم إن هذا القابض إن كان جعله

السلاطين الماضون على الفلاحين من جملة الخراج برضاهم فهو حلال للملتزم وإلا فهو سحت؛ لأنه من مال الفلاحين، لا يقال: الملتزم قد استأجر البلد من السلطان أو نائبه فله أن يؤاجرها للفلاحين بما شاء كمن استأجر دار موقوفة على مستحقين من ناظرها فله أن يؤاجرها لغيره بما شاء لأنا نقول كذا ظن بعض الحمقاء الأغبياء فأفتوهم بما لم ينزل الله به من سلطان فضلوا وأضلوا وما كانوا مهتدين وليس كما ظنوا فإن المال الذي يدفعه الملتزم مما يسمونه بالحلوان للسلطان أو نائبه في نظير وضع اليد والتقرير المسمي داله بالتنقيط نظيره ما لو مات جندي عن علوفة فيدفع الرجل للسلطان مالا ليقرره مكانه في قبض العلوفة لنفسه كذلك الملتزم دفع مالا للسلطان ليمكنه على الجباية ليأخذ الفائض لنفسه فليس هذا بإجارة ولا بيع كما هو معلوم بالبداهة إذ الإجارة تمليك منافع معلومة في زمن معلوم بمال معلوم.

ولا يقال: السلطان أو نائبه كل سنة يكتب تقريرا أو تنقيطا للملتزم بصورة إجارة ويدفع الملتزم للسلطان الخراج المسمى بالميري لأنا نقول الميري ليس مالا للملتزم وإنما هو خراج فرضه السلاطين المتقدمون على المزراعين ليدفعوه للناظر المتولي أمر المصالح الإسلامية ليصرفه في مصالح المسلمين كناظر على وقف عين جابيا على جمع مال الوقف ليصرفه الناظر للمستحقين وكل هذا مبني على أن أرض الزراعة وقف كما هو عندنا والمفتى به عند الحنفية، وأما على أنها مملوكة كما هو المفتى به عند الشافعية بناء على أن قرى مصر فتحت صلحا فظاهر بالبديهة أن الملتزم لا تصرف له وقد أفتاهم من اتبع وهمه أن لهم التصرف في الأرض وأن لهم التمكين والنزع والزيادة والنقصان حتى قالوا له أن يزيد على الفلاحين ما شاء ولو فوق طاقتهم والفلاح مخير بين أن يرضى فيزرع وأن يترك.

واشتهرت هذه الفتوى الباطلة ضرورة بمصر حتى صال الأمر على عباد الله بجميع أنواع الجور والظلم، ويقول الظالم: بلدي اشتريتها بمالي أفعل فيها وفي الفلاحين ما شئت كما أفتاني بذلك العلماء المفتون يقلد بعضهم بعضا وزادوا أن قالوا: لو كان للبلد ملتزمان وباع أحدها حصة فللثاني الأخذ بالشفعة، فانظر كيف

جعلوه شريكا مالكا وإن هذا الإسقاط بيع وإن شريكه يستحقه بالشفعة، ولئن سألتهم من أين جاءكم هذا؟ لقالوا: إنا وجدنا أباءنا على أمة وإنا على آثارهم مقتدون. قاله «دك» رحمه الله.

وإذا كان هذا في زمن هذا الأستاذ رحمه الله مع قدرة العلماء على تغيير المنكر فما بالك بزماننا هذا الذي كثر فيه الخبط الفاحش الخارج عن قانون الشريعة وفاض فيه بحر الجهالات وانتشرت فيه الضلالات ولم يقدر أحد من العلماء على رفعه، فنسأل الله العافية وحسن الختام.

● ص:

وإن تلف الزرع لدود أو فأر أو عطش أو بقي القليل أو منعه بفتنة فلا كراء.

● ش:

قوله: (وإن تلف شرط) وجوابه قوله: (فلا كراء).

يعني: أنه إذا تلف الزرع كله باقة من أرضه كدود أو فأر أو عطش أو بقي منه القليل كستة أفدنة من مائة أو منع المكتري من الزرع بفتنة فلا كراء في جميع ذلك اعتادت الأرض ذلك أم لا.

وقوله: (أو بقي القليل) قيده بعضهم بالمتفرق في جملة الفدادين فلو كان مجتمعا في جهة لوجب كراؤه بخصوصه.

● ص:

ولا يجبر على الإصلاح وخير المكتري والعمل على الجبر.

● ش:

يعني: أن المكري لدار ونحوها لا يجبر على إصلاحها لساكنها سواء كان الذي يحتاج إلى الإصلاح يضر بالساكن أو لا، وسواء كان يمكنه معه السكني أو لا، وسواء حدث بعد عقد الكراء أو لا، ويخير المكتري بين أن يسكن بجميع الأجرة أو يخرج منها.

وقال ابن عبد السلام: العمل على جبر المكري على الإصلاح.

وقيد ذلك البناني بالإصلاح اليسير، أما إن كثر لم يلزم إصلاح بإجماع، ونقله

عن ابن رشد.

قال «حش»: شيخنا رأيت لو انهدم بنا شخص بأرض غيره لم يلزم صاحبه أن ينقل إلا ما له قيمة كالأخشاب والأحجار قلت فجعل التراب كما ساقه الريح ودابة ذهبت دارا وحدها فماتت لم يلزم رب الدابة حملها كما سبق ومراده يلزمه نقل ماله قيمة حيث استمر على حقه فيه فإن أسقط حقه منه حبار كالتراب كذا يظهر. اهـ.

وكتب «الش» على قوله: (ولا يجبر... إلخ)، فقال: وخرج على الفرع الخربة بجانب العمران. اهـ.

يعني: أنه يؤخذ من هذه المسألة أنه لا يجبر من له دار ضربه بجوار العمران يحصل منه ضرر كسارق ونحوه على عمارتها ولا على بيعها ولا ضمان عليه إن جاء اللص منها إلى الجيران، وعلى ذوي العمران حفظ متاعهم كل وقت وعلى القول بلزوم الإصلاح يلزم رب الدار الخربة يفعل ما يندفع به ضرر جاره من عمارتها أو بيعها ممن يعمرها.

وبذلك أفتي بعضهم ويدل له إجارة دار الفاسق أو بيعها عليه وشمل كلام «المص» المكري المالك والناظر على وقف فلا يجبر الناظر على الإصلاح لأجل الساكن وإن جبر لحق الوقف.

• ص:

وإن اكتريا حانوتا وأرد كل المقدم قسم إن أمكن وإلا أكرى عليهما وإن اختلفا في الجهة فالقرعة.

• ش:

يعني: أن الشخصين إذا اكتريا أو اشتريا حانوتا ثم تنازعا فأراد كل منها مقدمة فإنه يقسم بينها بجلوسها معًا بأن يجلس فيه كل منها إن أمكن القسم وإلا يمكن أكري عليها حيث لا عرف ولا صلح بالتعاقب مثلا وسواء اتفقت صنعتها أو اختلفت لاختلاف الأغراض في ذلك وإذا اتفقا على المقدم واختلفا في الجهة من المقدم فالقرعة لخفة الأمر فيه فليس هذا كاختلاف الغرض في المقدم والمؤخر والبيت المظلل بعضه على نهرا أو بستان كذلك.

• ص:

وإن اكترى أرضا سنين فغارت عينها ولم ينفق من الأجرة إلا أن يزرع وتكفي سنة فهي.

• ش:

قوله: (وإن اكترى) شرط وجوابه محذوف تقديره فسخت كما قدره بذلك «الش» ويدل على هذا لمحذوف قوله: (ولم ينفق) لأنه لا فسخ مع الإنفاق وإنما الفسخ عند عدمه إذا أبي ربها الإصلاح كما يأتي.

وقوله: (لم ينفق) أي: المكتري أي: لا ينفق في إصلاح العين لئلا يضيع عليه ما أنفقه؛ لأنه حينئذ يصير متبرعا بما أنفقه؛ لأن له أن يفسخ عن نفسه ولا ينفق وكان الأنسب لـ«المص» التعبير بلا بدل لم بأن يقول ولا ينفق؛ لأن لم تقلب المستقبل للمضي والفقيه إنما يتكلم على المستقبلات، وقد يقال: إنه عدل إلى لم ليوافق مدخولها المحذوف المتقدم في معنى المضي ويكون فيه إشعار به ودلالة عليه كما تقدم هكذا يظهروا لا فلينظر ما نكتة العدول إلى لم.

وقوله: (وتكفي سنة) على حذف مضاف أي: وتكفي أجرة سنة في إصلاح العين.

وقوله: (فهي) أي: أجرة السنة أي: فهي التي ينفقها لا غيرها أي: لا ينفق أكثر منها لئلا يكون متبرعا بالزائد فالمقصود بذلك الحصر.

والمعنى: أن الشخص إذا اكتري أرضا للزراعة سنين معلومة فغارت عينها أو انهدمت بئرها وأبي ربها من الإصلاح فإنها تنفسخ الإجارة ولا ينفق المكتري شيئًا من الأجرة في إصلاحها فإن أنفق من عنده كان متبرعا وهذا كله قبل الزرع أما إن زرع في الأرض فغارت عينها وكان يكفي الإصلاح أجرة سنة فهي التي يدفعها المكتري للصلاح بها إن أبى ربها الإصلاح ويلزم ربها ذلك لأنه قام عنها بواجب وإلى هذا أشار بقوله: (إلا أن يزرع وتكفي سنة فهي)، وهذا إذا كانت أجرة السنة بتأتي بها الإصلاح كما ذكرنا فلو كان لا يصلحها إلا أكثر من أجرة سنة وأبي ربها من الإصلاح ومن الأذن له فأنفق كان متطوعا بالزائد فإن أبى أن ينفق أيضًا كان له

ذلك ولا يلزمه الكراء؛ لأن هلاك الزرع من العطش.

● ص:

ولا كراء في بيت لمن تزوجتها إلا بتبيين ولو بعد العقد ولا لأبويها كأخيها وعمها إلا أن يحلفا بالقرب ولا لأبويك بل لأخيك وعمك مطلقا.

● ش:

يعني: أن من تزوج امرأة رشيدة ذات بيت تملك ذاته أو منفعته فإنه لا كراء على الزوج لها للمكارمة في مثل ذلك بين الزوجين؛ لأن النكاح مبني على المكارمة إلا إن تبين للزوج ولو بعد العقد أن عليه الكراء فالكراء لازم له من حين البيان لا ما تقدمه وبيت أبيها أو أمها كبيتها لجري العادة بعدم مطالبته فلا كراء على الزوج إلا بيان كما أشار لذلك بقوله: (ولا لأبويها) أي: ولا كراء على الزوج لأبوي الزوجة إذا اسكناه في ملكها طال الأمر أو قرب.

وكذا الإكراء على الزوج لأخيها وعمها إذا كان الملك لهما إلا أن يحلفا بالقرب بأن يقولا قبل الطول إنما اسكناه للأجرة فلهما ذلك فإن طالت المدة فلا شيء لها عنده كما قال اللخمي، وإلى هذا أشار بقوله: (كأخيها وعمها إلا أن يحلفا بالقرب).

فقوله: (كأخيها) تشبيه في عدم الكراء وفصله بالكاف ليرجع الاستثناء لما بعدها فقط.

وكذا الإكراء لأبويك أيها الزوج إذا كان الملك لهما بل يلزمك الكراء لأخيك وعمك مطلقًا طال الأمر أو قرب إذا قالا: إنما اسكناه بالأجرة، بخلاف ما سبق في أخيها وعمها من أنه لا كراء لهما إلا أن يحلفا مع القرب؛ لأن العادة ضمها لها خشية الفتنة وحفظا للعرض وأما أخو الزوج وعمه فلم تجر العادة بضمه لهما؛ لأنه لا يخشى منه ما يخشى من البنت.

فالمدرك الأصلي في هذه الأمور العادة فالظاهر تحكيمها في مثل تسكين الخادمة والقريبة الفقيرة، كما قال المحشي.

وقوله: (ولو بعد العقد) هو ما في «دك»، فإنه قال مع المتن: إلا إن تبين ولو بعد العقد والعبرة بوقت البيان فيكون لها الكراء من ذلك الوقت لا ما تقدمه. اهـ.

وقال «خ» في عبارته الأولى: نعم إن بيت للزوج عند ابتداء السكني أن عليه الأجرة فإن الكراء لازم له للشرط.

وقال في عبارته الثانية: إلا إن تبين له عند العقد، ثم قال: وفي شرح العاصمية ما يفيد أن المراد إلا أن يحصل منها بيان في أي: وقت فيكون لها الكراء من ذلك الوقت ولو بعد مدة من الدخول. اهـ.

وقولنا في صدر العبارة: امرأة رشيدة؛ لنحترز بذلك عن السفيهة فإن لها الكراء على الزوج ولا يجوز لوليها التبرع به.

قال «حش»: وهل يجوز في عقد النكاح شرط أن يسكن في بيت الرشيدة بلا كراء؟ في «بن» تبعا للعاصمية: فساد واجتماع البيع والإجارة مع النكاح لتنافي أحكامها.

قلت: وللغرر في الصداق إذ بعضه في مقابلة البضع وبعضه في مقابلة المنفعة، وفي «عب» جوازه كأنه رآه كاشتراط الشوار. انتهى. والله أعلم بحقيقة الحال.

• ص:

واستحقها الرسول بقوله: بلغت بيمين.

• ش:

ضمير (استحقها) للأجرة المعلومة من المقام.

يعني: أن من استأجر رسولا على تبليغ كتاب إلى بلد كذا أو على تبليغ دين أو أمانة إلى بلد كذا ثم بعد مضي زمن يمكن فيه التبليغ إلى تلك البلدة قال الرسول: بلغت ما أرسلت به، فإن الرسول يستحق الأجرة بقوله: (بلغت بيمينه)؛ لأنه أمين ويضمن الرسول إن أنكر المرسل إليه الدفع لتفريطه بعدم الإشهاد على الدفع كما سبق في الوديعة والوكالة، فإن لم يحلف حلف المستأجر ولا أجرة له.

وقوله الآتي: (إن أشبه) راجع لتبليغ الرسول أيضًا، ومعنى شبهه: أن يدعي التبليغ في أمد يمكنه في الوصول عادة كما قدمنا فمحصله أنه يستحق الأجرة بأمرين الشبه واليمين وإلا فلا أجرة له وذكر بعضهم أن الرسول لا يلزمه أن يأتي برد الجواب ما لم يشترط عليه ذلك وإلا فيلزمه.

● ص:

والقول له أنه استصنع وقال ربه: وديعة أو أنه أمر بصفة كذا أو آجرته كذا إن أشبه وحاز المصنوع لا كبناء.

● ش:

يعني: أن القول للأجير إذا ادعى أنه استصنع هذا الشيء أي: أمرة ربه أن يصنعه له وقال له ربه: بل هو وديعة عندك؛ لأن الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع والإيداع نادر لا حكم له، وهذا أن أشبه الصانع الاستصناع، والإيداع نادر لا حكم له وهذا إن أشبه الصانع كما يفيده قول «المص»: (إن أشبه)؛ لأنه راجع لجمع الفروع حتى فرع الرسول كما مر.

وأما قوله: (وحاز المصنوع) فخاص بالفرع الأخير وهو قوله: (أو آجرته كذا).

فإن قلت: مقتضى التعليل السابق أن الشبه لا ينفعك عن الأجير فهو مشبه دائمًا في دعواه حيث كان الشأن فيما يدفع له الاستصناع فنفس جلوسه للصنعة شبه له أي: إن صار بجلوسه للصنعة كأنه أتي بما يشبه والآخر أتي بما لا يشبه وإذا كان كذلك فلا يظهر رجوع قوله: (إن أشبه) لهذا الفرع.

قلنا: لعل معنى شبه الأجير في هذا الفرع أن يدعي ما يشبه أن يصنع في ذلك الشيء واحترز بذلك عما إذا ادعى الصانع استصناع ما تكذب القرينة دعواه كدعواه أنه قال له: افتق خياطة المخيط وأعدها حيث لا موجب لذلك. فتأمل.

وإذا اتفقا على أنه دفعه له ليصنعه واختلفا في صفة الصنعة كان يدعي الأجير أنه أمره بصنعه أحمر مثلا ويدعي ربه إن أمره بصبغه أخضر مثلا فالقول في ذلك للصانع إن أشبه، فإن لم يشبه حلف ربه وثبت له الخيار في أخذه ودفع أجرة المثل وتركه وأخذ قيمته غير مصنوع فإن نكل اشتركا هذا بقيمة ثوبه غير مصنوع مثلا وهذا بقيمة صبغه وإذا اتفقا على الاستصناع وصفة الصنعة واختلفا في قدر الأجرة فقال الأجير: أجرته عشرة، وقال ربه: بل خمسة، فإن القول في ذلك للأجير بشرطين:

الأول: أن يشبه في دعواه أشبه ربه أو لا، فيأخذ ما ادعاه من الأجرة بيمينه فإن انفرد ربه بالشبه فالقول له بمبينه، فإن لم يشبها حلفا وكان للأجير أجرة مثله كان

نكلا وقضي للحالف على الناكل.

الثانـي: أن يجوز مصنوعه بأن كان تحت يده كـالخياط والصباغ؛ لأنه بمنزلة من باع سلعة ولـم يخرجها من تحت يده.

أما إن لم تجز مصنوعة كالبناء فليس القول قوله: (لعدم الحوز).

وكذا إذا كان الصانع يخيط أو ينجـرْ في بيت رب المصنوع وينصرف ولم يمكنه ربه من أخذه معه فإنه يكون القول لربه إن أشبه.

قال «الش»: وإنما يعتبر الحوز إن أشـبها، فإن لم يشبها فالمثل أي: فاللازم أجرة المثل للأجير فإن انفرد أحدها فالقول قوله وإن حاز الآخر.

وقوله: (لا كبناء) مفهوم (حاز) وهـو بفتح الباء وتشديد النون أي: والقول للأجير كخياط لا كبناء فلا يكون القول له كـعدم حوزه وأدخلت الكاف في كبناء من يصنع الشـيء في بيت ربه ولا يـأخذه معه ويـصح كونه بـباء مكـسورة ونـون محققة أي: والقول للأجير فـي كخياطة لا في كبنـاء وعلى هذا إذا كان فـي كبناء أدخلت الشيء الذي يصنع بيت ربه ولا يأخذه معه الـصانع ومثله الشيء الذي يصنع ببيت الصانع إذا أخذه ربه منه فيكون القول له لا للصانع لعدم الحوز.

● **ص:**

ولا في رد ما يغاب عليه ولو قبضه بلا بينة.

● **ش:**

عطف على قوله: (لا كبناء) أي: وكذا لا يكون القول للأجير في رد ما يغاب عليه من المصنوعات كالثياب والحلي ولو قبضه بلا بينة بل القول للمالك في دعواه عدم الرد، بخلاف ما لا يغاب عليه كدابة دفعها ربها لمن يطمها بأجر معلوم كعشرة فيقل منه دعواه رده لربه كقبـول دعواه في تلفه إلا أن يكون قبضه بينة مقصودة للتوثق فلا تقبل دعواه ردا ولا تلفا.

وقوله: (ولو قبـضه بلا بينة) مبالغة في عدم قبـول دعوى الصانع الرد والفرق بينة وبين المودع إذا قبض الوديعة بلا بينة وادعى ردها لربها فإنه يصدق أن المودع قبض الوديعة على وجه الأمانة والصانع قبض ماله فيه صنعة على وجه الضمان فافترقا.

● ص:

وإن قال: استصنعني، وقال ربه: سرق فإن أراد أخذه دفع كلفة العمل وحلف إن زادت الأجرة المدعاة وإن أراد تضمينه دفع الصانع قيمته أبيض وإلا حلفا وبدئ ربه واشتركا بالقيم.

● ش:

المراد بالعمل الفعل كالصبغ بالفتح والطرز والخياطة والمراد بكلفته أجرته مع قيمة المعمول به كالصبغ بالكسر وهو المصبوغ به، والمقصود من ذلك أنه يدفع للصانع أجرة المثل وأجرة المثل تارة تساوي الأجرة المدعاة أي: التي يدعيها الصانع وتارة تزيد وتارة تنقص.

يعني: أن الصانع إذا قال لرب الشيء: أنت استصنعتني إياه، وقال رب الشيء: سرق مني أي: سرقته أنت أو غيرك مني فإن أراد رب الشيء أخذه مصنوعا دفع للصانع كلفة العمل سواء كان صبغا أو طرزا أو خياطة أو غير ذلك ويحلف رب الشيء أنه لم يستصنعه إن زادت الأجرة التي ادعاها الصانع على كلفة العمل كما إذا كانت الأجرة عشرة دراهم وكلفة العمل ثمانية مثلا وفائدة اليمين إسقاط ما زادته الأجرة على الكلفة، فإن لم يحلف لزمت الأجرة المدعاة وإن أراد رب الشيء تضمين الصانع القيمة دفع الصانع قيمة الثوب أبيض يوم الحكم ولا يمين على واحد منها فإن أبي الصانع من دفع القيمة حلفا وبدئ رب الثوب بالحلف فيحلف أنه ما استصنعه ويحلف الصانع أنه استصنعه فإذا حلفا اشتركا في الثوب بحسب القيم هذا بقيمة ثوبه أبيض وهذا بقيمة صبغه؛ لأن كل واحد منها مدع على صاحبه وكذلك إن نكلا ويقضي للحالف منها على الناكل.

فقوله: (وإلا) مفهوم قوله: (دفع الصانع قيمته أبيض) أي: وإلا يدفعها بأن امتنع من دفعها حلفا... إلخ.

وقوله: (وبدئ ربه) هو ما لابن عرفة والتوضيح، وما في «عب» من أنه بيد الصانع رده «بن».

وقوله: (سرق) بناه للمجهول ليشمل ما إذا قال: سرقته مني أو سرقه غيرك

والحكم واحد إلا أنه إذا قال: سرقته مني ينظر في الصانع فإن كان ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا لم يعاقب.

● ص:

وإن لت السويق فقال ربه: إنما أودعتك أو سرق، فإن لم يدفع ربه مالت به غرم اللات مثله أو دفعه مجانا.

● ش:

يعني: أن الصانع إذالت السويق الذي لغيره فقال لرب السويق: ادفع له مالت به وهو الخمسة الأرطال إن شئت وخذ سويقك ملتوتًا فإن دفع له ذلك فظاهر، وإن لم يدفع له ذلك غرم اللات مثل السويق غير ملتون لوجود المثل في ذلك، بخلاف الثوب؛ لأنه مقوم وإن شاء دفعه له ملتوتا مجانا عند ابن القاسم وهو المعتمد. وقال غيره: يتعين المثل لئلا يؤدي إلى بيع طعام بطعام وثمل السويق غيره كطحن قمح وعصر زيتون ونحو ذلك فلو قال: وإن صنع مثليا ليشمل السويق وغيره.

وقوله: (فقال ربه إنما أودعتك) هو ما في مُحَشِّي الخَرَشي خلافًا لما في الخَرَشي من أنه إذا قال ربه: وديعة يكون القول للصانع كما سبق في قول الأصل وأنه استصنع وقال: وديعة، والجواب إنما سبق في المقومات وما هنا في المثليات ونحوه ما لمحشي الخَرَشي من التعميم للبناني رادا على ما لـ«عب» مما يوافق الخَرَشي.

ثم ذكر ثلاث مسائل في اختلاف الجمال والمكتري الأولى في قبض الأجرة وعدمه والثانية في المسافة والثالثة فيها وبدأ بالأولى فقال:

● ص:

والقول له أنه لم يأخذ أجرة بيمين إلا لطول بعد البلوغ.

● ش:

يعني: أن الأجير إذا ادعى أنه لم يأخذ أجرته من رب الشيء وقال رب الشيء: بل دفعتها لك، فإن القول للأجير بيمينه إلا لطول بعد بلوغ الغاية والقرب نحو اليومين بعد البلوغ ومثل الطول ما إذا كان العرف التعجيل أو كانت الأجرة معينة ودعوى

عدم تعجيلها يؤدي للفساد؛ لأن القول قول مدعي الصحة.

وبعبارة: إذا طلب الأجير أجرته، وقال رب المتاع: دفعتها لك، فالقول قول الأجير بيمينه، وكذا القول للجمال والحمار بيمين أنه لم يبلغ أجرة ولو بلغ الغاية التي تعاقدا عليها زمانية أو مكانية إلا لطول بعد الغاية وتسليم الأحمال لربها فالقول لرب المتاع بيمين لا قبل تسليمها فالقول للجمال ولو طال ويعتبر الطول بالعرف وقيل ما زاد على يومين بعد تسليم الأحمال لربها.

ثم ذكر اختلافها في المسافة فقط بقوله:

● ص:

وإن تنازعا في المسافة حلفا وفسخ إلا لسير كثير فالقول للمكتري بيمين إن أشبه كأن أشبها ولم ينقد الأجرة فإن حلف الجمال أيضًا فله الحصة وفسخ الباقي وإن أشبه المكري أو هما ونقد فقوله وإن لم يشبها حلفا وفسخ بكراء المثل فيما مشي.

● ش:

يعني: أن الجمَّال ورب المتاع إذا اتفقا على الأجرة وتنازعا في قدر المسافة فقال الجمال: بمائة لبرقة، وقال المكتري: بل بمائة لأفريقية وهي أبعد من برقة، فإن لم يحصل سير أصلًا أو حصل سير قليل بحيث لا ضرر على الجمال على رجوعه ولا على رب الأحمال في طرحها فإنها يتحالفان ويبدأ الجمال؛ لأنه بائع ويفسخ الكراء بعد الحلف بالحكم وسواء أشبها أو أحدها أو لا، نقد الأجرة أو لا، بدليل إطلاقه هنا وتفصيله فيما بعده وإلى هذا أشار بقوله: (وإن تنازعا في المسافة حلفا وفسخ) أي: إن لم يحصل سير أصلًا أو حصل سير قليل.

وأما إذا تنازعا بعد سير كثير أو بعد بلوغ الغاية على دعوى الجمال فالقول للمكتري بيمين إن أشبه فقط نقد الأجرة أو لا، إلا أن يحلف الجمال أيضًا على ما ادعاه بعد حلف المكتري فيكون له حصة المسافة التي ادعاها كبرقة فيأخذ من الكراء حصة مسافة برقة على دعوى المكتري ويفسخ الباقي بعد برقة، وكذا يكون القول للمكتري بيمينه إن أشبها معًا ولم ينقد الأجرة ولمي حلف الجمال فإن حلف الجمال أيضًا كما حلف المكتري فللجمال حصة المسافة التي ادعاها وهي برقة

القريبة وتعتبر الحصة على دعوى المكتري أن المائة لأفريقية ويفسخ الباقي بعد برقة فيقال: ما تساوي حصة برقة من ابتداء السير إلى أفريقية بالمائة باعتبار السهولة وضدها و إلا من وضده.

فإن قيل: النصف مثلا أعطي للجمال نصف المائة و إلى هذا أشار بقوله: (إلا ليسير كثير فالقول للمكتري بيمين إن أشبه كأن أشبها ولم ينقد الأجرة، فإن حلف الجمال أيضًا فله الحصة وفسخ الباقي).

وسيأتي مفهوم قوله: (ولم ينقد).

وعلم مما قررنا أن قوله: (فإن حلف الجمال أيضًا) راجع للصورتين وهما شبه المكتري فقط مطلقًا نقد الأجرة أو لا، وشبهها معًا إذا لم ينقد الأجرة.

وحاصل ذلك: أنه إذا حصل سير كثير فالقول للمكتري بيمينه إن أشبه نقدت الأجرة أم لا وكذا يكون القول.

قوله: (إن أشبها معًا ولم تنقد الأجرة) وهذا إن لم يحلف الجمال في الصورتين وهما شبه المكتري وشبهها معًا فإن حلف أيضًا كما حلف المكتري فله الحصة على دعوى المكتري في الصورتين ويفسخ الباقي هذا كله إن أشبه المكتري أو أشبها ولم تنقد الأجرة والموضوع بحاله بعد سير كثير وبلوغ الغاية على دعوى الجمال وأما إن أشبه المكري وهو الجمال فقط انتقدت الأجرة أم لا أو أشبها معًا ونقد المكتري الأجرة فالقول له لترجيح جانبه بالنقد.

وإلى هذا أشار بقوله: (وإن أشبه المكري أولها ونقد فقوله) أي: قول المكري وهو الجمال وإن لم يشبها حلفا.

وفسخ بكراء المثل في ما مشي ونكر لها لحلفهما ويقضي للحالف على الناكل وإلي هذا أشار بقوله: (وإن لم يشبها حلفا وفسخ بكراء المثل فيما مشي) والموضوع بحاله وهو أن التنازع بعد السير الكثير أو بلوغ برقة وظاهر كلامه أنه لا فرق بني النقد وعدمه مع عدم شبهها.

قال «خ»: وتلخيص المسألة كما قاله ابن يونس، وبيانها على أصل ابن القاسم أن تنظر فإن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله انتقد الكراء أم لا، وإن أشبه قول

المكتري خاصة فالقول قوله نقدا الكراء أو لم ينقد، وإن أشبه ما قالا معًا نظرت فإن انتقد الكراء فالقول قول المكري وإن لم ينقد فالقول قول المكتري وإذا كان القول قول المكري فيحلف ويكون له جميع الكراء وإذا كان القول للمكتري حلف ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعى فيكون له حصة مسافة برقة على دعوى المكتري ويفسخ عنه الباقي وإن لم يشبه قول واحد تحالفا وتفاسخا وكان له كراء المثل فيما مشي وأيهما نكل قضي عليه لمن حلف. انتهى.

ثم أشار للمسألة الثالثة وهي اختلافها في المسافة والأجرة معًا فقال:

• **ص:**

وإن تنازعا في المسافة والأجرة فقيل كثير السير ما سبق.

• **ش:**

يعني: أنهما إذا تنازعا في المسافة والأجرة معًا فادعى الجمال مسافة قليلة وأجرة كثيرة كمائة للمدينة وادعى رب الأمتعة العكس بأن ادعى مسافة كثيرة بأجرة قليلة كخمسين لمكة وهي أبعد من المدينة فينظر في ذلك فإن كان اختلافهما قبل كثير من السير بأن لم يحصل سير أصلًا أو حصل سير قليل فالحكم كما سبق في اختلاف المسافة فقط وهو أنهما يتحالفان ويتفاسخان والكثير هو ما يضر فيه الفسخ بأحدهما وإن كان اختلافهما بعد سير كثير فأشار إليه بقوله:

• **ص:**

وبعده فإن أشبه أحدها فقط فقوله.

• **ش:**

يعني: أنهما إذا تنازعا في المسافة والأجرة بعد سير كثير أو بعد بلوغ المسافة على دعوى الجمال فإن أشبه أحدها فقط ولم يشبه الآخر فالقول قول من أشبه منها أيًا كان مع يمينه حصل نقدا أو لا، فإن أشبه الجمال فقط أخذ المائة ولا يلزمه السير إلى مكة وإن أشبه المكتري فقط دفع الخمسين فقط ولزم الجمال السير إلى مكة هذا إذا أشبه أحدها فقط.

وأما إذا أشبها معًا فأشار له بقوله:

● ص:

وإن أشبها فإن نقد حلفا وفسخ الباقي وإن لم ينقد حلفا وللجمال ما ينوب مسافته مما ذكر المكتري.

● ش:

يعني: أنها إذا تنازعا في المسافة والكراء بعد سير كثير أو بعد بلوغ المسافة وأشبها معًا ففي ذلك تفصيل فإن انتقد الجمال الكراء حلفا أي: يحلف كل منهما على طبق دعواه وعمل بقول الجمال حينئذ في المسافة لترجيح جانبه بالنقد والشبه فيحلف لإسقاط زائد المسافة وعمل بقول المكتري في الكراء الشبهه فيحلف لإسقاط الخمسين الأخرىٰ عنه فإذا حلفا فسخ العقد في الباقي ولا يتوقف الفسخ علىٰ حلف المكتري؛ لأن حلفه لإسقاط الخمسين عنه كما قدمنا.

وإن لم ينقد الجمال الأجرة حلفا معًا ويكون للجمال ما ينوب مسافته التي ادعاها وهي المدينة مما ذكره المكتري في الأجرة، وهي الخمسون في المثال، فيقال: ما تساوي حصة المدينة من ابتداء السير إلىٰ مكة باعتبار السهولة والوعورة والأمن والخوف فيقال: الربع أو النصف مثلا فيعطي الجمال من الخمسين بتلك النسبة.

فتحصل أننا أعملنا قول الجمال باعتبار المسافة فلم نلزمه بالسير لمكة ولم نعمله باعتبار الأجرة وأعملنا قول المكتري في الأجرة ولم نعمله في المسافة وحلف الجمال ما اكتريت إلا للمدينة بمائة وحلف المكتري إنما اكتريت لمكة بخمسين هذا كله إن أشبه بعد السير الكثير أو بعد المسافة وأما إن لم يشبها فأشار له بقوله:

● ص:

وإن لم يشبها فكالسابق.

● ش:

يعني: أنه إذا لم يشبه واحد منها فالسابق وهو قوله فيما مر: (وإن لم يشبها حلفا وفسخ وله كراء المثل فيما مشي).

تنبيه:

إذا أقام كل بينه على ما ادعاه قضي بأعدلها وإلا سقطتا ويقضي بدأت التاريخ أو يقدمه.

• ص:

وإن قال: اكتريت عشرة بخمسين، وقال: بل خمسا بمائة، فإن لم يستوف شيئاً حلفا وفسخ وإلا فسخ الباقي والقول فيما مضى للمكتري بيمينه إلا أن يشبه ربها فقط.

• ش:

يعني: أن من اكتري أرضا أو دارا سنين من شخص ثم تنازعا في قدر المدة والأجرة فقال المكتري: اكتريت منك عشرة من السنين بمائة ولا بينة بخمسين، وقال المكري: بل اكتريت من خمسا من السنين بمائة ولا بينة لأحدهما فإن كان المكتري لم يستوف شيئا من المنفعة حلفا وفسخ العقد ويبدأ صاحب الأرض أو الدار بالحلف ويقضي للحالف على الناكل ونكولها كحلفها ولا يراعي هنا نقد ولا عدمه بدليل ما بعده وإن كان استوفي شيئا من المنفعة بأن زرع بعض المدة أو سكنها فسخ الباقي من المدة والقول فيما مضي منها للمكتري بيمينه إن انفرد بالشبه أو أشبها معًا فإن أشبه ربها فقط فالقول له بيمينه في الماضي.

فقوله: (وإلا فسخ) مفهوم قوله: (لم يستوف).

وقوله: (إلا أن يشبه ربها فقط) مستثنى من كون القول للمكتري وما قيل الاستثناء شبه المكتري فقط أو شبهها معا.

• ص:

وهل وإن نقد أو بالعكس تردد.

• ش:

تقدم أنه إذا استوفي البغض بفسخ الباقي والقول للمكتري فيما مضي بيمينه إلا إذا انفرد رب الأرض أو الدار بالشبه فالقول له وهل ذلك مطلقًا ولو نقد المكتري الأجرة أو إذا أنقدها يكون الأمر بالعكس أي: يكون القول لربها مع النقد إلا أن

ينفرد الآخر بالشبه فالقول له في ذلك تردد.

● **ص:**

أو لا يشبهها فكراء المثل بعد حلفهما.

● **ش:**

عطف على المستثنى وهو قوله: (إلا أن يشبه ربها فقط).

يعني: أنه إذا استوفي بعض المدة يفسخ الباقي والقول للمكتري في الماضي إلا أن يشبه ربها فقط فالقول له أو إلا أن لا يحصل شبه منها فكراء المثل لرب الأرض أو الدار فيما مضي بعد حلف كل منها على تحقيق دعواه ونفي دعوى صاحبه، والله أعلم.

* * *

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

باب [في أحكام الجعل]

وأفرده عن الإجارة بباب لاختصاصه ببعض أحكام.

والجعالة: بفتح الجيم وكسرها وضمها ما يجعل على العمل وهو رخصة فهو أصل منفرد ولا يقاس عليه وهو أن يجعل الشخص لغيره أجرا معلوما على عمل شيء كتحصيل عبدا بق أو بعير شارد.

● ص:

عاقد الجعل أهل الإجارة.

● ش:

المراد بالعاقد ما يشمل الجاعل والمجهول له ويحتمل وهو الأظهر أن المراد به الجاعل فقط بدليل قوله الآتي: (بجعل علم يستحقه بالتمام)؛ لأن دافع الجعل بمعنى العوض هو الجاعل والسامع الذي يستحقه هو المجهول له والمراد بالجعل هنا العقد والمراد به فيما يأتي العوض والمراد بالأهل المتساهل أي: الصالح لعقد الإجارة فيشترط في عاقد الجعل أن يكون صالحا لعقد الإجارة وتقدم أنه شبه الإجارة بالبيع والبعي يشترط في صحة عقد عاقده التمييز ويشترط في لزومه تكليف وأحال الجعل على الإجارة ولم يحله على البيع؛ لأن الإجارة أقرب ذكرا ومعنى وإشارة إلى أن الأصل في بيع المنافع الإجارة والجعل رخصة اتفاقًا لما فيه من الجهالة والأصل في جوازه قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف:٧٢].

وقاعدة المذهب: أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يردنا نسخ، وحديث رقيا سيد الحي بالفاتحة وقول ابن عرفة يمكن أنهم استحقوه بالضيافة يرده قوله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»[1]، وقول الراقي في صدر القصة: لست بفاعل حتى تجعل لنا جعلا، وأما من قتل قتيلا فله سلبه فليس من الجعل؛ لأن شرط عوضه أن يكون معلوما والسلب مجهول. أفاده «حش».

(١) أخرجه البخاري (٥٧٣٧).

● ص:

بجعل علم يستحقه من سمع بالتمام.

● ش:

الباء في قوله: (بجعل) باء الآلة وهي بالاستعانة وهي متعلقة بعاقد لما فيه من معنى الفعل؛ لأنه اسم فاعل ويحتمل أنها للسببية وعلى كل ففي الكلام مضاف مقدر أي: أن عاقد الجعل أهل الإجارة بالتزام جعل أو بسبب التزام جعل أي: عوض ويحتمل أنها للمصاحبة بمعنى مع.

يعني: أنه يشترط في صحة عقد عاقد الجعل أن يكون أهلا للإجارة مع التزامه جعلا علم يستحق ذلك الجعل من سمع من الجاعل ولو بواسطة بالتمام؛ أي: بتمام العمل، وإلا لم يستحق شيئا، فإذا قال شخص: من يأتي بعبدي الأبق مثلا فله درهم أو دينار فسمع شخص هذا الكلام ولو بواسطة فأتاه بعبده فإنه يستحق الجعل إن ثبت أنه قال ذلك، فالمراد بالجعل هنا العوض. والمراد به فيما سبق العقد، كما مر.

وقوله: (عُلم) بالبناء للمجهول صفة لجعل فلا يصح بعوض مجهول وإنما خص العلم بالذكر دون غيره من الشروط ككونه ظاهر منتفعا به مقدورا على تسليمه لئلا يتوهم اغتفار الجهل في ذلك؛ لأن الجعل تغتر فيه الجهالة في الجملة وأما مكان الأبق فإن علمه ربه فقط وأتي به العامل فله الأكثر من المسمي وفي جعل المثل وإن علمه العامل فقط فله بقدر نفيه عند ابن القاسم، وقيل: لا شيء له وإن علماه معًا فخلاف قيل له جعل مثله وقيل له ما تعاقدا عليه بدليل أن المجاعلة على حفر البئر يشترط فيها الخبرة بالأرض وما بها.

وبعبارة: من شرط الجعل أن يكون فيما بجهلان مكانه فإن علم أحدها مكانه فإنه لا يجوز فإن علمه الجاعل فقط وجهله العامل فله الأكثر من الجعل وأحر المثل وإن علمه فقط وجهله العامل فأه الأكثر من فقط فلا شيء له. وقال ابن القاسم في العتبية: له بقدر عمله فإن علماه معًا فقيل: له جعل مثله، وقيل: له ما تعاقد عليه في مقابلة تعبه وسفره للموضع المعلوم لها.

• **ص:**

وكراء السفينة إجارة على البلاغ تلزم بالعقد ولا يجب عوضها إلا بالتمكن في الموضع المراد.

• **ش:**

يعني: أن كراء السفينة إجارة على البلاغ أي: الوصول للمحل المشروط لا جعالة فتلزم بالعقد فليس لأحدها الفسخ بعده ولا يجب عوضها وهو الكراء إلا بالتمكن من إخراج ما فيها في الموضع المراد فإذا غرقت في أثناء الطريق أو في آخرها أو في المرسي قبل التمكن من إخراج ما فيها فلا كراء الدبها أما إذا وصلت للموضع المراد وتمكن رب المتاع من إخراجه وجب عليه الكراء ولو غرقت بعد؛ لأنه مفرط بعدم المبادرة.

قال في المدونة: من اكتري سفينة فغرقت في ثلثي الطريق وغرق ما فيها من طعام وغيره فلا كراء لديها، وأرى أن ذلك على البلاغ أي: والتمكن من إخراج ما فيها وكراء السفن إجارة لا جعالة سواء وقعت بلفظ إجارة أو جعالة.

• **ص:**

كمشارطة الطبيب ومعلم على قرآن.

• **ش:**

تشبيه في أن ما ذكر إجارة لا جعالة وفي اللزوم بالعقد وفي أنه لا يستحق العوض إلا بالتمام.

يعني: أن مشارطة الطبيب على بري المريض ومشارطة المعلم على حفظ القرآن كله أو بعضه إجارة لازمة بالعقد ولا يستحق الطبيب شيء إلا بالبري، فإن لم يحصل برو فلا شيء له إلا أن يتمم غيره فله بحساب كرائه الأول، وثمن الدواء من عند العليل لئلا يذهب عمل الطبيب باطلا إذا لم يحصل شقاء، فإن لم يجعل الأجر على البئر فله بحساب ما عمل ولا يستحقه المعلم شيئًا إلا بحفظ ما اشترط عليه.

وكذا معلم صنعة على أنه إن تعلمها فللمعلم كذا وكذا مشارطة الحافر على

إخراج الماء بموات مع علم شدة الأرض وبعد الماء وضدها.

وكذا إرسال رسول لبلد لتبليغ خبرا أو إتيان بحاجة فهذه الأشياء كلها إجارة لازمة إلا أن لها شبها بالجعالة من حيث أنه لا يستحق الكراء الإتمام العمل هذا هو أظهر الطريقتين في ذلك والثانية أنها جعالة لا إجارة.

والحاصل: أن هذه الأمور اختلف فيها هل هي إجارة أو جعالة وسبب الخلاف أنها مترددة بين الإجارة والجعالة لأخذها من كل شبها فمن حيث أنه لم يكن للعامل شيء إلا بالتمام شابهت الجعالة ومن حيث أنه إذا ترك الأول ثم كمل غيره العمل يكون للأول بحسابه شابهت الإجارة.

تنبيه:

إذا ضيف على السفينة الغرق طرح منها مائة النجاة إلا الآدمي فلا يجوز طرحه ولو عبدا أو كافر فلا يجوز طرح ذمي لنجاة مسلم ولا عبد لنجاة حر ويبدأ في الطرح بما ثقل كالحديد والرصاص لكن يقدم ما قل ثمنه كالحجر وكذا ما عظم جرمه وإن لم يثقل كالتبن والكتان والقطن وجميع ما طرح يوزع على مال التجارة فقط دون غيره كفرش الإنسان وغطائه وزاده مما ليس للتجارة فيه مدخل فيقوم المطروح يوم التلف فيقال: ما قيمة المطروح يوم طرحه فإذا قيل مائة قيل وما قيمة ما لم يطرح.

فإن قيل: مائتان صار قيمة الجميع ثلاثمائة فقد ضاع ثلث المال فيرجع على كل من لم يطرح ماله بثلث قيمته ولو قيل كالعكس ما تقدم رجع على من لم يطرح ماله بالثلثين ولو كان اثنان لأحدها ما يساوي ثلاثمائة وللثاني ما يساوي ستمائة وطرح من الأول ما يساوي مائة ومن الثاني ما يساوي مائتين فلا رجوع لأحدها على الآخر؛ لأن ما طرح ثلث الجميع فعلي كل ثلث ما بيده وقد حصل ولو كان الطرح بالعكس بأن طرح لذي الستمائة ما يساوي مائة ولذي الثلاثمائة ما يساوي مائتين لرجع على ذي الستمائة بمائة والقول لمن طرح متاعة إن أشبه بيمينه، فإن لم يشبه فقول غيره ولو وجد إنسان ما طرح فهل يملكه؛ لأنه بطرحه زال ملك ربه عنه أو لقطة يرد لربه إن علم، وهو الأصح. أفاده «دص».

● ص:

وإن انتفع بحمل بعض المسافة ففي الإجارة له بحساب نفسه وفي الجعالة بحساب الثاني.

● ش:

قوله: (انتفع بحمل بعض المسافة) أي: ولو كان انتفاعه بربح في بيع نحو الخشبة في موضع طرحها، كما أفاده الشيخ العدوي.

والمعنى: أن رب الخشبة مثلا إذا انتفع بحملها في بعض المسافة بأن حملها شخص مسافة ثم طرحها في أثناء الطريق فإن كان العقد إجارة كان للحامل بحساب نفسه فإذا استأجره على حملها لبلد كذا بعشرة فتركها في نصف الطريق فله خمسة وفي ثلث الطريق ثلث العشرة وهكذا.

وإن كان العقد جعالة فله بحساب الثاني الذي حملها للموضع المراد الانحلال العقد الأول ويعتبر الفرض، والتقدير: إن لم يستأجر ثانيا فيقال: لو فرض أنه استأجر ثانيا على إتمام حملها ماذا يأخذ الثاني ويعطي الأول بحساب الثاني فرضا مثال ذلك أن يجعل للأول خمسة على أن يحمل له خشبة إلى مكان معلوم فحملها ثم تركها في موضع أثناء الطريق فجعل لغيره عشرة مثلا على إيصالها للمكان المعلوم فإن كان الأول يلقاه النصف فله عشرة أيضا؛ لأنه الذي ينوب الأول من عمل الثاني؛ لأن الثاني لما استؤجر بعشرة من نصف الطريق علم أن أجرة الطريق كلها عشرون ولا يقال: إن الأول قد رضي يحملها جميع الطريق بخمسة فكان يجب أن يعطي نصفها.

والمغابنة جائزة في الجعل وغيره لأنا نقول: لما كان عقد الجعالة منحلا من جانب المجهول له بعد العمل فلما ترك بعد أن حمل نصف المسافة صار تركه إبطالا للعقد من أصله وصار الثاني كأشقاء ومبنيا لما يستحقه الأول فعلي الجاعل للأول بنسبة انتفاعه بالثاني وقد يقال: إن رب الخشبة قد يخاف عليها الضياع وهي تساوي ألفا مثلا فيجعل لمن يبلغها العشرين والمائة. فتأمل.

وإذا لم يعاقد عليها في هذا المثال بل حملها بنفسه أو بغلامه أو حملت له مجانا

فللأول من الأجرة بنسبة عمل الثاني على فرض أنه استأجر عليها ربها شخصا ثانيا كما سلف.

تنبيه:

قد تقدم أن العقد على اكتسب إجارة لا جعالة وعليه فمن استأجر سفينة لحمل كقمح ففرقت في أثناء الطريق وذهب بعض القمح وبقي البعض فاستأجر ربه على ما بقي فإن للأول كراء ما بقي إلى محل الفرق على حساب الكراء الأول لا بنسبة الثاني وليس له كراما ذهب بالفرق وما لو خرج منها اختيارا لكان عليه جميع الكرا؛ لأنه عقد لازم لهما كمن اكترى دابة لمحل وتركها في الأثناء بلا عذر وكذا يلزمه جميع الكراء لو فرط في نقل متاعه بعد بلوغ الغاية حتى غرق كما مر.

● ص:

وكلما جاز جازت لا العكس.

● ش:

يعني: أنه كلما جاز فيه الجعل كحفر بئر بموات وبيع ثوب وشرائه أو حمل خشبة لمكان أو اقتضاء دين ونحو ذلك جازت فيه الإجارة لا العكس أي: ليس كلما جازت فيه الإجارة تجوز فيه الجعالة كخياطة ثوب وخدمة شهر وبيع سلع كثيرة وحفر بئر يملكه وسكني بيت وإنما امتنع الجعل في هذه الأمور؛ لأنه يبقي للجاعل فيها منفعة إن لم يتم المجهول له العمل فالإجارة أعم من الجعل وهو أخص منها فكل موضع جازت فيه الإجارة لا يلزم أن يجوز فيه الجعل إذ لا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص فلا يلزم من وجود الجوانية وجود الناطقية وكل موضع جاز فيه الجعل تجوز فيه الإجارة إذ يلزم من وجود الأخص وجود الأعم فيلزم من وجود الناطقية وجود الحيوانية.

وبعبارة: كلما جاز الجعل جازت الإجارة ولو في الأبق المجهول الموضع ويقدر شهرا مثلا للتفتيش عليه بأن يؤاجره على أن يفتش على الأبق شهرا كل يوم منه بدرهم فتوجد الإجارة بصورتها وشروطها في هذه المسألة فليس العموم وجهيا كما حققه وعن ابن أبي الحسن بل هو مطلق هذا إيضاح «الش» و«حش».

وقال «دك»: والحق أن بينهما العموم والخصوص الوجهي فيجتمعان في نحو بيع أو شرا ثوب أو أثواب قليلة وحفر بئر بفلان واقتضادين وتنفرد الإجارة في خياطة ثوب وبيع سلع كثيرة وحفر بئر في ملك وسكني بيت واستخدام عبد ودابة وتنفرد الجعالة فيما جهل حاله ومكانه كابق ونحوه. اهـ.

ثم إن العموم والخصوص إنما هو اعتبار المتعلق كما عرفت وإلا فهما عقدان متباينان.

● ص:

فتنفرد بحفر في ملك وخدمة شهر وخياطة ثوب وبيع سلع كثيرة.

● ش:

هذا تفريع على قوله: (وكلما جاز جازت لا العكس).

يعني: أن الإجارة أعم من الجعل فتنفرد بهذه الأشياء فلا تجوز فيها الجعالة.

قال «الش» مفرعًا على المتن: فلا تجوز الجعالة على أنه لا يستحق إلا بالجميع؛ لأنه ينتفع ببيع البعض باطلا. اهـ.

ومعناه أنه لا يجوز الجعل على بيع أو شراء سلع كثيرة كثياب أو رقيق بشرط أن العامل لا يستحق شيئًا من الجعل إلا بيع أو شراء الجميع؛ لأن الجاعل ينتفع ببيع البعض أو شرائه باطلا أي: بلا عوض للعامل ومثل الشرط جريان العرف بذلك فإن اشترط أو جري عرف بأن ما باعه أو اشتراه فله بحسابه جاز؛ لأن كثرة السلع بمنزلة عقود متعددة يستحق الجعل في كل سلعة بانتهاء عملها ولم يذهب له عمل باطلا.

قال «الش»: ونقلت على الرسالة منع قوله في الجعل على البيع: لا تبع حتى تشاورني، وأقره «عج» و«تت»، فانظره. اهـ.

وقوله: (فانظره) أي: انظر وجهه؛ أي: وجه هذا النقل، وحاصله أنه لابد في الجواز من تسمية ثمن يتفقان عليه أما لو قال له: لا تبع إلا بمشورتي، فقد يمضي النهار كله ولا يرضي الجاعل وفي ذلك زيادة عزر، بخلاف نحو الأبق فإن العامل يبذل غاية اجتهاده في التفتيش عليه عادة.

وقوله: (سلع كثيرة) اقتصار على ما في النص والظاهر أنه قرض مسألة لا مفهوم له.

قال ابن رشد في المقدمات: لا فرق بين القليل والكثير متي انتفع الجاعل بالبعض لم تجر المجاعلة على الكل؛ ولذا قال ابن عاشر: التعليل يقتضي أن ما زاد على ثوب يمتنع إلا بالمحاسبة ولا يقال: المحاسبة تنافي حقيقة المجاعلة التي لا استحقاق فيها قبل التمام لأنا نقول بالدخول على المحاسبة كأنها عقود جعالات متعددة أفاده «حش».

وبعبارة: يجوز الجعل على بيع أو شراء سلع كثيرة من ثياب أو حيوان أو نحو ذلك إلا أن يكون الجعل قد وقع على شرط أن لا يأخذ شيئا من جعله إلا إذا باع أو اشتري الجميع فلا يجز والعرف كالشرط وأما لو دخلا على أن له بحساب ما باع أو ابتاع فيجوز.

• ص:

والراجح شرط منفعة الجاعل لا على صعود جبل عبثا بل على عمل الروحاني إن اعتيد نفعه بما علم جوازه.

• ش:

يعني: أنه اختلف هل يشترط في صحة الجعل أن يكون فيه منفعة للجاعل أو لا يشترط ذلك والراجح من الطريقتين أنه يشترط أن يكون فيه منفعة له كتحصيل عبده الآبق أو بعيره الشارد فلا يجوز الجعل على صعود جبل عبثا لا لشيء يأتي به من أعلاه بل يجوز على عمل الروحاني لأجل إخراج الجان من شخص أو على حل المربوط أو المسحور أو اعتيد نفعه كما نقله «عج» عن ابن عرفة وكان بما علم جوازه من الكلام العربي أو العجمي المعلوم المعنى لا عجمية مجهولة المعنى لاحتمال أنها ألفاظ مكفرة وعلى هذا يحمل ما في «دك» و«خ» من أنه لا يجوز الجعل على إخراج الجان ولا على حل المربوط ولا على المسحور.

• ص:

واستحقه ولو استحق بيده العبد لا مات.

• ش:

يعني: أن العامل يستحق الجعل من الجاعل ولو استحق العبد المجاعل على

تحصيله من يد العامل وأولى لو استحق من يد الجاعل بعد أن أخذه منه؛ لأنه الذي ورطه في العمل ولولا الاستحقاق لقبضه واستولى عليه ولا يرجع الجاعل بالجعل على المستحق ولو استحق العبد بحرية وأما إذا مات العبد أو هرب قبل تسليمه لربه فلا شيء للعامل لا بعد تسليمه فيستحق الجعل بتمامه والموت عرض يضاد الحياة أو هو عدم الحياة فإذا أسلمه منفوذ المقاتل فقد سلمه حيا وقد أعطي منفود المقاتل حكم الحي في بعض المسائل.

والفرق بين الموت والاستحقاق بالحرية لعله عدم النفع بالميت والاستحقاق يحصل عن عداء من المالك في الجملة، بخلاف الموت والظاهر أن الفقد والأسر والغصب كالموت. أفاده «خ».

● **ص:**

وأفسد شرط النقد.

● **ش:**

يعني: أن الجعل يفسد بشرط النقد ولو لم ينقد بالفعل لتردد المنقود بشرط بين السلفية والثمنية ولا يضر النقد تطوعا.

تنبيه:

لا يجوز في الجعل ضرب أجل للعامل إلا أن يشترط العامل أن له الترك متى شاء فيجوز حينئذ؛ لأنه رجع لأصله وسنة من كون الزمان ملغي وإنما ضر تقدير الزمن؛ لأن العامل لا يستحق الجعل الا بتمام العمل وقد ينقضي الزمن قبل التمام فيذهب عمله باطلا ففيه زيادة غرر وإخراج له عن سنة ومثل شرط الترك متى شاء ما إذا جعل له الجعل بتمام الزمن تم العمل أو لا؛ لأنه حينئذ قد خرج من الجعالة إلى الإجارة.

● **ص:**

ولمن لم يسمع جعل مثله إن اعتاده وإلا فما أنفق والقول لربه إن لم يسمع.

● **ش:**

يعني: أن المالك إذا قال: من أتى بعبدي الأبق أو بعيري الشارد فله كذا أو لم

يقل شيئًا فجاء به شخص لم يسمع كلام سيده فله جعل مثله ولو زاد على المسمي بل ولو لم يلتزم ربه شيئًا أو كان يتولى الإتيان به بنفسه أو بخدمه وهذا إذا اعتاد الآتي به طلب الضوال والأباق وألا يفيد ذلك فليس له إلا ما أنفقه في تحصيله ولا جعل له و إذا تنازعا في السماع وعدمه فقال العامل: سمعتك تقول من يأتي به فله كذا فأنا استحقه، وقال ربه: لم أقل ذلك، فالقول لربه أن العامل لم يسمع منه شيئًا، ثم ينظر في العامل هل عادته طلب الأباق فله جعل مثله أو لا؟ فله النفقة.

● ص:

وإن تنازعا حلفا وجعل المثل فإن أشبها والعبد بيد أحدهما فقوله.

● ش:

يعني: أنها إذا تنازعا بعد تمام العمل في قدر الجعل ولم يشبها فإنها يتحالفان ويرد العامل لجعل مثله فإن أشبها معًا والعبد مثلا بيد أحدها فالقول لمن هو بيده منها على قول ابن عبد السلام وارتضاه ابن عرفة.

وقال ابن هارون: القول للجاعل؛ لأنه غارم وعلى الأول لو كان العبد بيد أمين مثلا حلفا وله جعل المثل أما إن أشبه أحدها فقط فقوله بيمين كما هو واضح ويقضي للحالف على الناكل ونكولها كحلفها ولا يظهر لاختلافها قبل العمل فائدة؛ لأن لكل تركه.

● ص:

ولربه تركه إن لم يلتزم.

● ش:

يعني: أن لرب العبد مثلا تركه لمن جاء به إن لم يلتزم شيئًا كانت قيمته قدر جعل المثل أو أقل أو أكثر ولا مقال للعامل فإن التزم ربه شيئًا وسمعه العامل ولو بواسطة فله ما التزمه ولو زاد على قيمة العبد؛ لأن ربه ورطه في ذلك وهذا فيمن عادته طلب الإباق وأما من لم يعتد ذلك فلا جعل له وليس له إلا ما أنفقه على الأبق من أكل أو شرب وليس وركوب لا نفقته على نفسه ودابته مثلا في زمن تحصيله فلا تلزم رب الأبق.

• **ص:**

وإن أفلت ولم يصل لمحله فأتي به آخر فبينها بحسب الصعوبة.

• **ش:**

يعني: أن الآبق إذا جاء به العامل فانفلت منه قبل إيصاله لربه ولم يصل لمحله الأول فأتي به شخص آخر فإن الجعل المسمي يكون بين العاملين بحسب الصعوبة والسهولة لا بحسب مجرد المسافة فإن جاء به الأول ثلث الطريق بحسب الصعوبة والثاني باقيها فللأول ثلث الجعل المسمي وللثاني ثلثاه وهكذا.

ومفهوم (لم يصل لمحله): أنه لو وصل لمحله الأول فأتي به الثاني فإنه يختص بالجعل كما قال «الش»، وإلا اختص الثاني وكذا إذا رجع لمكان قريب من الأول فإن الجعل يكون للثاني كما في «خ».

• **ص:**

وإن اشترك متفاوتان فض الأكثر.

• **ش:**

يعني: أنه إذا اشترك بالسوية في تحصيل العبد عاملان متفاوتان في الأجر كله هذا درهم وذاك نصف درهم فإنه يفض الأكثر من الأجرتين عليهما؛ أي: على الأجرتين فلصاحب النصف ثلث الدرهم ولصاحب الدرهم ثلثا درهم فإن تساوي ما سماه لكل قسم ما سماه لأحدها نصفين فإن سمي لها أو لأحدها عرضا اعتبرت قيمته.

وبعبارة: إذا جعل رب الأبق لعامل درهم ثم جعل لآخر نصف درهم فأتيا به جميعا فإنها يشتركان في الدرهم فيأخذ الأول ثلثيه والثاني ثلثه؛ لأن نسبة نصف الدرهم إلى الدرهم ونصف ثلث وبنسبة الدرهم لذا لذلك ثلثان فلو جعل للثاني درهما كالأول فأتيا به جميعا كان لكل نصف ما سمي له.

تنبيه:

لو كان الجعل عينا معينة امتنع وللجاعل الانتفاع بها ويغرم المثل إذا أتي العبد وإن كان مثليا أو موزونا لا يخشى تغيره إلى وجود الأبق أو ثوبا جاز ويوقف وإن خشي تغيره كالحيوان امتنع للغرر. قاله اللخمي. اهـ «خ».

● ص:

وإنما يلزم الجاعل بالشروع.

● ش:

الحصر منصب على الجاعل بقيد الشروع.

يعني: أن الجعل إنما يلزم الجاعل لا يلزمه إلا إذا شرع العامل في العمل وظاهره ولو كان ما حصل به الشروع لا بال له والمراد بالجاعل ملتزم الجعل.

والحاصل: أن عقد الجعالة جائز غير لازم فلكل الحل عن نفسه قبل الشروع في العمل فإذا حصل الشروع لزم الجاعل دون العامل.

● ص:

وفي الفاسد جعل المثل إلا باستحقاق العوض مطلقاً فكالإجارة الفاسدة.

● ش:

يعني: أن الجعل الفاسد لفقد شرط من شروطه فيه جعل المثل للعامل إن تم العمل ردا له إلى صحيح نفسه، فإن لم يتم العمل فلا شيء له هذا هو المشهور، وقيل: له أجر مثله ردا له إلى صحيح أصله وهو الإجارة فيأخذ بحساب الإجارة ومحل جعل المثل ما لم يجعل له العوض مطلقًا تم العمل أو لا، فإن جعل له العوض مطلقًا كان كالإجارة الفاسدة فله أجرة المثل لخروجه عن سنة الجعل كما أشار لذلك بقوله: (إلا باستحقاق العوض مطلقًا فكالإجارة الفاسدة) أي: فله أجر مثله بقدر ما عمل ولا يتوقف على التمام، بخلاف جعل المثل فإنه يتوقف على التمام وإنما كان ذلك كالإجارة؛ لأنها لما لم يوقفا العوض على التمام فقد خرجا عن الجعل إلى الإجارة فلو أنها ضربا أجلا للتفتيش عليه كشهر كانت إجارة صحيحة ولو لم يأتي به كما مر وحيث لم يضربا أجلا كانت إجارة فاسدة ترجع إلى أجرة المثل.

وبعبارة: وللعامل في الفاسد جعل المثل ما لم يخرجا بالفساد إلى باب آخر فحكمه كالمجاعلة على رد الأنف بنصفه، فإذا وقع وقبضه العامل وفات ضمن لربه نصف قيمته يوم قبضه؛ لأنهما خرجا للبيع الفاسد وله أجرة تعبه وعناه في ذهابه ونصفها في رجوعه لملكه نصف العبد. قاله «حش». والله سبحانه وتعالى أعلم.

[باب في إحياء الموات]

ولـما كان المـوات يشبه المجهـول عليه من حيث الضـياع ناسب الإتـيان به بعد الجعل فقال:

• ص:

باب.

• ش:

في إحياء الموات؛ أي: موات الأرض.

قال «حش»: المَوات بفتح الميم: الأرض التي لا مالك لها ولا انتفاع بها ويطلق أيضًا على ما لا روح فيه وأما بالضم فهو الموت نفسه. قاله الجوهري. اهـ.

وقولنا: موات الأرض من إضافة الصفة للموصوف أي: الأرض الميتة.

ولـما كان الموات من الألفاظ المشتركة عرفه «المـص» وقدمه على الأحياء؛ لأنه سابق عليه في الوجود فهو مقدم طبعا فقدمه وضعا ليناسب الوضع الطبع، ولأن حقيقة الموات متحدة والأحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولًا ليذكر أضداده فقال:

• ص:

الموات أرض لا اختصاص بها.

• ش:

يعني: أن الموات المنسوب له عبارة عن أرض لا اختصاص بها لأحد لا بملك ولا بانتفاع فخرجت الأملاك والأحباس والحريمات الآتية فليس شيء من هذه الثلاثة بموات.

وعرف ابن عرفة أحياء الموات بقوله: هو لقب لتعمير أثر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها. انتهى.

والمراد بتعمير دائر الأرض ما يشمل تعجير الماء وإخراجه ونحو ذلك مما يأتي

في بيان ما به الأحياء وأخرج بدائر الأرض غير الدائرة وتعمير غير الأرض.

واحترز بقوله: بما يقتضي عدم... إلخ؛ عما لا يحصل به الأحياء من التعمير كالتحويط ورعي الكلأ ونحو ذلك ولا يخفي أنه لا يعلم من التعريف ما يكون من التعمير مقتضيا للاختصاص وما لا يكون كذلك فهو من التعريف بالأخص وهو ممتنع ويجاب بأن بيانه لذلك بعد يدفع عنه ذلك، ثم إن مقتضى التعريف أن الإقطاع والحمي ليس من الأحياء إذ ليس فيها تعمير دائر الأرض وهو كذلك كما في «خ».

● ص:

واستحقت بإحياء ولو طال اندراسها بعد مجرد إحياء وحلف الأول إن لم يطل وللثاني القيمة قائما إن جهله.

● ش:

قوله: (واستحقت) أي: ملكا كما يأتي وإنما عبر بالاستحقاق ليشمل الإحياء بدور في ساحة موات من حيث الحريم كما يأتي في قوله: (وإن جمع دورا انتفع كل بما لا يضر الآخر).

وقوله: (ولو طال) مبالغة في الاستحقاق وهي منصبة على قوله: (بعد مجرد إحياء) فما قبل المبالغة عدم تقدم إحياء فيها أصلا وليس ما قبل المبالغة قرب الاندراسي بعد الإحياء الأول؛ لأنه إذا أحياها للثاني يقرب الاندراسي من الإحياء الأول لم يستحقها بل هي للأول بدليل قوله: (وحلف الأول إن لم يطل) فإن معناه أنه إذا أحياها الثاني قبل طول الاندراس من الإحياء الأول فهي لمحييها الأول لا للثاني وإن كان ظاهر قول ابن القاسم؛ لأنه خلاف المعتمد، فلو قال «المص»: واستحقت بإحياء ولو بعد مجرد إحياء إن طال اندراسها؛ لكان أوضح وأبعد عن التكلف وبعد ظرف لطول الاندراسي ومجرد إحياء من إضافة الصفة للموصوف أي: طال اندراسها بعد إحياء مجرد عن تداول الأملاك ببيع أو هبه أو صدقة واحترز بذلك عما إذا أحياها الأول وتداولتها الأملاك بأن باعها أو وهبها ثم اندرست فإن ملك المشتري أو الموهوب لا يزول عنها ولو طال الزمان بعد الاندراس إلا الحيازة

بشروطها الآتية في بابها وأما إذا أحياها ثم وقفها على شخص فإنه لا يزول اختصاصه بها ولو بحيازة.

والمعنى: أن من أحيي أرضا بشيء مما يأتي فإنه يستحقها ملكا ولو كان طال زمن اندراسها بعد مجرد إحياء سابق من شخص آخر فمن أحيي أرضا ثم اندرست وطال زمن اندراسها طولا يقتضي العرف أن من أحياها أعرض عنها فأحياها غيره فهي لمحييها الثاني لا الأول وهذا إن لم تتداولها الأملاك ببيع أو هبة أو نحو ذلك بعد الإحياء الأول أما إن تداولتها الأملاك ببيع أو هبة أو شبه ذلك بعد إحياء الأول فلا يزول عنها الاختصاص بالطول بعد الاندراس هذا كله إذا طال الاندراس بعد إحياء الأول، وأما إن لم يطل زمن الاندراس بعد إحياء الأول بل أحياها الثاني بقرب الاندراس فإنه لا يزول اختصاص الأول عنها فهي له لا للثاني لكن يحلف الأول أنه ما أعرض عنا وهذا حيث لم يسكت على الثاني حال تعميرها وإلا فلا شيء له، وإلى ما ذكرنا أشار بقوله: (وحلف الأول إن لم يطل).

ثم إنه إذا حلف أخذ أرضه بما فيها من بناء أو غرس ويدفع للثاني قيمة بنائه أو غرسه قائما إن جهل الثاني الأول فإن علم الثاني بالأول وأحياها أخذ الأول البناء والغرس بقيمة مقلوعا وإلى هذا أشار بقوله: (وللثاني القيمة قائما إن جهله) أي: جهل الأول.

وبعبارة: في الحطاب: قال في التوضيح عن ابن رشد: وإنما يكون الثاني أحق إذا طالت المدة بعد عوده إلى أحالته الأولى، وأما إن أحياه الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة وإن كان عن معرفته به فليس له إلا قيمة عمارته قائمة للشبهة وإن كان عن معرفته به فليس له إلا قيمة عمارته منقوصة بعد يمين الأول إن تركه أياه لم يكن إسلاما له وإنه كان على نية إعادته. انتهى.

قلت: وينبغي أن يقيد بأن لا يكون علم بعمارة الثاني وسكت عنه وإلا كان سكوته دليلا على تسليمه أياه فتأمله، والله أعلم. انتهى. قاله «خ».

والحاصل: أن من أحيا أرضا ثم تداولتها الأملاك ببيع أو هبة أو صدقة أو إرث

عنه ثم اندرست فإنه لا يزول عنها ملك المشتري أو الموهوب أو المتصدق عليه أو الوارث ولو طال الزمان ولا كلام لمن أحياها ثانيا اتفاقًا إلا لحيازة بشروطها كما يأتي وأما إذا أحياها أحيا مجرد عن تداول الأملاك بأن لم تحرج عن ملكه ثم اندرست فإن طال زمن اندراسها ثم أحيا غيره فهي للثاني وإن لم يطل فهي للأول ويحلف أنه ما تركها معرضا عنها وللثاني القيمة قائما إن جهله وإلا فمقلوعا وهذا ما لم يسكت الأول بعد علمه بتعمير الثاني بلا عذر وإلا كان سكوته وهو حاضر بلا عذر دليلا على تسليمه الأرض لمعمرها.

● ص:

وللبلد والبئر والشجر والدار ما يحتاج له عرفا.

● ش:

قوله: (وللبلد) جار ومجرور خبر مقدم، وقوله: (ما يحتاج) مبتدأ مؤخر واللام للاختصاص إشارة للحريم الذي لا يجوز لأحد أحداث فمتي فيه فلربه منع غيره منه وثمره بيان حريم هذه الأشياء الإشارة إلى أن الحريم ليس بموات؛ لأن الموات كما تقدم أرض لاختصاص بها لأحد والحريم يختص به أهل البلد والبئر والشجرة والدار.

وقوله: (ما يحتاج له) أي: من الحريم.

وقوله: (عرفا) أي: بحسب العرف وذلك كخطب البلد ومرعاها وما لا يضر بالبئر ولا يضيق على واردها من عاقل أو غيره لسقي أو شرب فلا يمكن أحد من حفر مرحاض مثلا بقربها ينصح على مائها ولا يمكن من فعل شيء بجانبها يضيق على واردها ومثلها في ذلك حريم النهر وقد وقفت الفتوى قديما بهدم ما بني على شاطئه وحرمة الصلاة فيه إن كان مسجدا كما في المدخل وغيره ولا فرق بين بئر الماشية والزرع والشرب فمنتهي ما لا يضر بالبئر ولا يضيق على واردها هو منتهى حريمها.

قال عياض: حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها أن لا يحدث فيها ما يضر بها لا باطنا من حفر بئر ينسف ماؤها أو يذهب أو بغيره بطرح نجاسة يصل

إليها وسنحها ولا ظاهر كالبناء والغرس. اهـ.

وقال ابن شاس: أما البئر فليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرضا والصلابة ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضر في مناخ أبلها ولا مرابض مواشيها عند الورود ولا هل البئر منع من أراد أن يحفر أو يبني بئرا في ذلك الحريم. اهـ.

وأما حريم الشجرة من نخل أو غيره فهو ما فيه مصلحة لها عرفا فلربها منع من أراد إحداث شيء بقربها يضر با من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك وأما حريم الدار الغير المحفوفة بالأملاك بل بالموات فهو ما يرتفق به أهلها كمطرح تراب ومصب ميزاب أو مرحاض فلرب الدار منع من أراد أحداث شيء من بناء أو غيره في ذلك الحريم وأما الدار المخفوفة بالأملاك فلا تختص بحريم فلكل من أرباب الدور المتجاورة الانتفاع بالزقاق المتسع والرحبة بينهم كما يأتي والمخطب المتقدم ذكره بفتح الطاء المهملة المكان الذي يقطع منه الحطب، والمرعى محل رعي الدواب فإذا عمر جماعة بلدا اختطوا بها وبحريمها من محطب ومرعى لدوابهم إن كان يلحق كل منهم على عادة الحاطبين والرعاة لقضائها جتهم مع مراعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وصلب الدواب ونحو ذلك غدوا أو رواحا في اليوم فلا مشاركة لغيرهم فيه ولا يختص به بعضهم دون بعض؛ لأنه مباح للجميع ومن أتي منهم بحطب أو حشيش أو نحو ذلك فهو ملك له يتصرف فيه تصرف الملاك، نعم للإمام أن يقطع منه ما شاء لمن شاء بالنظر، كما يأتي.

وبعبارة: حريم البلد ما تحتاج إليه عرفا كمخطب ومرعي يلحق كل غدوا أو رواحا أي: ذهابا وإيابا في يوم مع قضاء مصالحة كالانتفاع بالخطب من طخ ونحوه والانتفاع بالدواب من الحلب وما يحتاج إليه لا لمجرد الغدو والرواح، والغدو بضم العين المعجمة والدال المهملة وتشديد الواو ما قبل الزوال والرواح هو الرجوع آخر النهار أي: بعد الزوال.

والحاصل: أن حريم البلد ما يلحق غدوا أو رواحا من المحتطب والمرعي مع تحصيل المطلوب وقضاء المصالح.

● ص:

وإن اجتمع دور انتفع كل بما لا يضر الآخر.

● ش:

تقدم أن الدار الغير المحفوفة بالأملاك بل بالموات حريمها ما يرتفق به أهلها من مكان طرح ترابها ومسيل ميزابها ومصب مرحاضها وأما الدار المحفوفة بالأملاك فلا تختص بحريم ولكل من ذوي الأملاك التي بينها فسحة الانتفاع بتلك الفسحة من جلوس أو غيره وليس لأحدهم منع الآخر ما لم يضر به فإن أضر به منع فإذا اجتمع دور متعددة بينها ساحة فلكل من أهل الدوران ينتفع بما لا يضر من الآخر من الساحة ولا تختص واحدة بحريم دون أخرى فليس لأحد من أهل الدور منع الآخر فإن أضر أحدهم بغيره من الجيران منع

● ص:

وأقطع الإمام ما انجلى أهلها.

● ش:

(أقطع) فعل ماضي مصدره الإقطاع تقول أقطعه كذا إذا ملكه إياه وأذن له في التصرف فيه. قال بعض: والإقطاع يكون تمليكا وغير تمليك وهو كذلك، كما يأتي.

وأما قول بعضهم: الإقطاع تمليك جزء من الأرض فهو جرى على الغالب.

يعني: أنه يجوز للإمام أن يقطع الأرض التي انجلي عنها أهلها مطلقًا ملكا أو أمتاعا وليس الإقطاع من الإحياء بل الإحياء بالتعمير بعده وإنما هو تمليك مجرد فله بيعه وهبة ووقفه ويورث عنه أن حازه كما يأتي ومثل الإمام نائبه إن أذن له في الإقطاع.

وقوله: (انجلي أهلها) أي: تركها أهلها وخرجوا منها ومثل ذلك الأرض التي تركها أهلها لكونها فضلت عن حاجتهم ولا بناء فيها ولا غرس.

● ص:

وموات العنوة.

● ش:

عطف على ما انجلى عنه أهله وتقدم أن ما انجلى عنه أهله يقطعه الإمام لمن

شاء مطلقًا ملكا أو متاعا وذكر هنا أنه يجوز للإمام أيضًا أن يقطع موات أرض العنوة كمصر والشام والعراق ومكة لمن شاء وإن ملكا ومن الموات ما لا يصلح لزرع الحب وإن صلح لغرس الشجر وليس من العقار فله أن يقطعه ملكا وانتفاعا ومن الموات أيضًا ما عمرت ثم درست وطال عليها الزمان كما تقدم فذلك كله يجوز للإمام أن يقطعه ولو ملكا فيباع ويوهب ويورث عن المقطوع له.

● ص:

وافتقر لحيازة.

● ش:

فاعل افتقر ضمير يعود على الإقطاع المفهوم من أقطع السابق.

يعني: أن إقطاع الإمام يفتقر لحيازة المقطوع له قبل المانع؛ لأنه عطية كسائر العطايا وهو المشهور ورجح بعضهم أنه لا يحتاج لحيازة؛ لأنه من باب الحكم لا من باب العطية ولو أقطعه على أن عليه كذا أو كل عام كذا عمل به ومحل المأخوذ بيت مال المسلمين لا يختص الإمام به لعدم ملكه لما أقطعه وإن ملكه المقطوع له بإقطاعه.

قال «حش» عن الخَرَشي: ولو أقطعه على أن عليه كل عام كذا عمل به، ثم قال ـ أعني «حش» بعد ذلك ـ قلت: ومن هنا التزامات مصر ويكتبون في تقاء سيطها مقاطعة وهي من مادة الإقطاع ولما كانت في نظير عوض عبر وأبا لمفاعله. اهـ.

وقال «دك»: في أثناء عبارته وبقي النظر الالتزام المعروف عندنا بمصر وغيرها هل هو من الإقطاع فللملتزم أن يزيد في الأجرة المعلومة عندهم على الفلاحين ما شاء وبه أفتي بعض من سبق أو ليس من الإقطاع وإنما الملتزم جاب على الفلاحين لبيت مال المسلمين ليس له زيادة ولا تنقيص لما ضرب عليهم من السلطان وهو الظ كما قدمنا وليس هو من الإجارة في شيء كما يزعمون لما علمت أن حقيقة الإجارة بيع منافع معلومة بأجرة معلومة إلى أصل معلوم هذا كلامه هنا، وتقدم له عبارة طويلة في هذا المعنى وقد نقلناها عنه هناك، وانظر لكلامه هنا مع ما قدمه فإنه هناك جزم بأن زيادة الملتزم على خراج السلاطين سحت وشنت الفارة وشد

التفكير علـى من أفتـي بجواز الـزيادة وجعلـها فتـاوي باطلـة وهنا طـرق في ذلك احتمـالين وجعل في أحد الاحتمالين جـواز الزيادة التي منتدهـا الفتاوىٰ الباطلة ثم قابل هذا الاحتمـال المحتمل لهذه الفتـاوىٰ بالاحتمال الآخـر الذي بني عليه عدم جواز الزيـادة على سبيل الاستظهـار والذي ينبغي الجـزم به النظر في كـيفية إعطاء السلطـان أو نائبه للملتـزم أو المتعر ملكـا في زمانـنا فإن سلم له الأطيـان بالخراج المعلوم ولم يـسوع له الزيادة على الفلاحين فالملتزم مجرد جاب لا يجوز له الزيادة ولا النقص؛ لأنه مضروب علـى يده من ذلك وإن سلمها له بـشيء معلوم يدفعه كل سـنة أخذ مـن الفلاحين أو لـم يأخـذ فهو كالـمستأجـر للأطيان من الـسلطان فله أن يؤاجرها لمن شاء بما شاء، والله أعلم بحقيقة الحال.

● ص:

لا مساكنها ومزارعها إلا إمتاعا.

● ش:

ضمير (مساكنهـا) ومزارعها لأرض العنـوة وتقدم أن موات العنـوة يقطعها الإمام لـمن شاء ولـو ملكا وذكـر هنا أن مـساكنهـا ومزارعهـا لا يقطعهـا الإمام إلا أمتـاعا وانتفاعا لا ملكـا؛ لأن المساكن والمزارع صارت حبسـا بمجرد الاستيلاء عليها كما مـر ثم إن ما أقطعه الإمام من العـنوة إن كان لشخص بعيـنه انحل عنه بموته واحتاج لإقطاع بعده وإن كان لشخص وذريته وعقبه استحقه الذرية بعده للذكر كالأنثى إلا لبيان تفضيل كالوقف. قاله «دك».

والمـراد بالمزارع الأرض الصالحـة لزراعة الحب وأما مـا لا يصلح لزراعة الحب وإن صلح لغرس الشجر وليس عقار للكفار فإنه من الموات، فللإمام أن يقطعه ملكا وإمتاعا كما نبهنا على ذلك فيما مر.

● ص:

وأرض الصلح لأهلها.

● ش:

يعني: أن أرض الصلـح مواتا أو معمورة لأهلها كما سبق فليس للإمام فيها إقطاع

أصلًا لا ملكا ولا أمتاعا؛ لأنها مملوكة لربها فتحصل أن ما انجلي عنها أهلها للإمام إقطاعها مطلقًا ملكا وانتفاعا.

وكذا موات أرض العنوة، وأما مساكن العنوة ومزارعها فله إقطاعها انتفاعا لا ملكا وأما أرض الصلح فلا يقطع فيها مطلقًا لا ملكا ولا انتفاعا.

• **ص:**

وحمي لعموم الحاجة دارسا قل.

• **ش:**

قوله: (لعموم الحاجة) من إضافة الصفة للموصوف أي: الحاجة العامة وفاعل حمي ضمير يعود على الإمام ودارسا مفعوله وهو صفة لموصوف محذوف أي: موضعا أو مكانا دارسا من أرض عفا أي: خلا عن البناء والغرس.

يعني: أن الإمام له أن يحمي موضعا دارسا من أرض عفا لعموم حاجة المسلمين كدواب الغزو والصدقة وفقر المسلمين بشرط أن يكون ذلك المحمي قليلًا بأن لا يضر بالناس ولا يضيق عليهم فإن أضر بهم لم يجز وأما حمي الإمام لنفسه فلا يجوز كما سبق في الخصائص كما لا يجوز له أن يحمي لغير الحاجة وأصل الحمي عند الجاهلية أن الرئيس منهم كان إذا نزل بأرض مخصبة أستوي كليا بمحل عال فحيث انتهى إليه صوته حماه لنفسه من كل جانب فلا يرعى غيره فيه معه ويرعى هو مع غيره فيما سواه وهو لا يجوز شرعا والحمي الشرعي هو أن يحمي الإمام موضعا خاصا بشروط:

الأول: لحاجة المسلمين لا لنفسه.

الثاني: أن يقل ذلك المحمي.

الثالث: أن يكون من مرعي بلد عفا؛ أي: ليس لأحد به أثر بناء أو غرس.

والحمي بالقصر بمعنى المحمي فهو مصدر بمعنى المفعول وهو خلاف المباح وأصل محمي محمدي اجتمعت الواو والياء وسبقت أحداها بالسكون فقلبت يا وأدغمت الياء في الياء وتثنية حميان فهو ياي وسمع في تثنية حمدان بالواو والصواب الأول.

● **ص:**

ولنائب الإمام الحمى كالإقطاع إن جعل له.

● **ش:**

يعني: أن نائب الإمام المفوض له يجوز له الحمي بشروطه السابقة وإن لم ينص له عليه الإمام كما يجوز له الإقطاع إن جعل الإمام له ذلك وإن لم يعين له المقطع له.

والفرق بين الحمي والإقطاع أن الإقطاع تمليك فلابد فيه من الأذن به، بخلاف الحمي فإنه انتفاع فقط.

● **ص:**

ولا يحيا ذمي بقرب العمارة كالمسلم إلا بإذن.

● **ش:**

يعني: أنه لا يجوز للذمي الإحياء بقرب العمارة كما نص عليه المتقدمون خلافًا لما يوهمه الأصل ولا يجوز للإمام أن يأذن له في ذلك والقريب هو ما كان حريما لبلد بأن كانوا يلحقون به غدوا ورواحا. كما في الحطاب.

وقال ابن رشد: وحد البعيد من العمران ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا للمبيت في مواضعهم.

وكذا المسلم لا يجوز له الإحياء بقرب العمران إلا بأذن الإمام فإن فعل بغير أذن فللإمام إمضاؤه له فيملكه وله أن يجعله متعديا فيعطي قيمة بنائه أو غرسه منقوضا وبقية للمسلمين أو لمن شاء منهم ولا يرجع عليه بما اغتله فيما مضي؛ لأن أصله مباح، ولأنه صاحب شبهة في الجملة وأما البعيد عن العمران الخارج عن حريمها فلا يحتاج فيه المسلم والذمي لأذن في الإحياء وسبق في الجزية منع الذمي من جزيرة العرب فليس له الإحياء بها ولو في العبيد؛ لقوله ﷺ: «لا يبقين دينان بجزيرة العرب»[1]. وهي مكة والمدينة واليمن وما والاها والجزيرة من الجزر وهو القطع ومنه الجزار لقطعه الحيوان فعلية بمعنى مفعولة أي: مقطوعة سميت بذلك

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٨٥٣٠).

لانقطاع الماء عن وسطها إلى أجنابها؛ لأن البحر محيط بها من جهاتها الثلاثة التي هي المغرب والجنوب والمشرق ففي مغربها بحر جدة بضم الجيم والقلزم وهو بحر السويس وفي جنوبها بحر الهند وفي مشرقها خليج عمان والبحرين والبصرة وأرض فارس وعمان بضم العين وتحقيق الميم وأما عمان بفتح العين وتشديد الميم فهي قرية بناحية الشام والبحرين اسم بلد.

ثم شرع يتكلم على الإحياء الذي يستحق به الموات وما يتحصل به من الأسباب فقال:

● **ص:**

وهو تحصيل ماء أو إزالته أو عظيم بناء أو غرس أو تحريك الأرض أو إزالة شجر أو تسوية.

● **ش:**

قوله: (وهو) أي: الإحياء المتقدم ذكره.

وقوله: (أو إزالته) أي: الماء عطف على (تحصيل).

وكذا قوله: (وعظيم بناء... إلخ) وإضافة عظيم لماء بعده من إضافة الصفة للموصوف أي: بناء عظيم أو غرس عظيم أي: عظيم المونة، وهذه سبعة أشياء يحصل بها الإحياء:

الأول: تحصيل ما في أرض الموات كان يحفر بئر أو يعتق عينا فيختص بها وبالأرض التي تزرع عليها.

الثاني: إزالة الماء عنها حيث كانت غامرة بالماء.

الثالث والرابع: أن يبني فيها أو بناء أو يغرس فيها غرسا بشرط أن يكون كل منها عظيم المونة.

والخامس: تحريك الأرض أي: قلبها بمحراث أو فأس للزراعة فيها أما مجرد الزرع من غير تحريك فليس بإحياء وإن أختص بالزرع.

قال «خ»: وقوة كلامهم تقتضي أن الزرع وهذه من غير تحريك أرض لا يكون إحياء وإن اختص به صاحبه. اهـ.

السادس: إزالة شجر من الأرض بقلع أو قطع أو صرف لإصلاحها مع نية وضع يده عليها.

السابع: تسوية الأرض أي: تعديلها وكسر ما فيها من حجر ونحوه.

● ص:

لا تحويط أو رعي كلأ أو إزالة شوك أو حفر بئر ماشية.

● ش:

قوله: (لا تحويط) عطف بـ(لا) على (تحصيل ما) أي: أن التحويط على الأرض بنحو خط عليها ليس إحياء لها إلا أن تجري عادتهم بأنه إحياء أو يقطعه له الإمام فيحوطه والتحويط هو المسمي بالتحجير وكذا رعي الكلأ؛ أي: العشب وإزالة الشوك والحلفاء ونحو ذلك فليس بإحياء.

وكذا حفر بئر لماشية أو لشرب بأرض الموات لا يكون إحياء لها إلا أن يبين الملكية حين حفرها فإن بينها فإحياء، وانظر لو فعل في الأرض هذه الأمور جميعها هل يكون أحيالها؛ لأنه لا يلزم من كون كل واحد من هذه لا يحصل به إحياء أن يكون مجموعها كذلك لقوة الهيئة المجتمعة عن حالة الانفراد كما هو ظاهر كلامهم أم لا. قاله «خ».

واستظهر بعضهم أنه متى اجتمع أمران كان إحياء ولما جرت عادة أهل المذهب بذكر مسائل تتعلق بالمسجد هنا نظر إلى أنه مباح للناس كالموات في الجملة أو؛ لأنه مشترك كحريم البلد، أو لأن إحياء المساجد بالعبادة معنوي وإحياء الموات بما سبق حسيي فذكروا الإحياء المعنوي مع الحسي تبعهم «المص» في ذلك فذكرها بقوله:

● ص:

وجاز بمسجد سكنى لرجل تجرد للعبادة وعقد نكاح وقضاء دين وقتل كفار وثعبان.

● ش:

قوله: (بمسجد) كسر جيمه سماعي وقياس اسم مكانه الفتح. قاله «حش».

يعني: أنها تجوز السكني في المسجد لرجل تجرد فيه للعبادة من صلاة أو غيرها كتعليم علم وتعلمه ما لم يضيق على الناس أو يحجر فيه مكانا ومن الحجر الخزن التي تجعل به ولا كراء لها بعد الوقوع وإن حرم وقد قالوا بهدم ما بني في الوقف واختلف في منع خزائن الأزهر؛ لأنها تضيق المسجد ما لم يكن ذلك من نفس بانيه.

ومفهوم رجل: أن المرأة لا يجوز لها السكني في المسجد بل تحرم ولو تجردت للعبادة؛ لأنها قد يختص فيه، ولأنه قد يشتهيها أحد من أهل المسجد فتنقلب العبادة معصية؛ لأن كل ساقطة لها لاقطة وخرج بالتجرد للعبادة سكني الرجل لغير العبادة فيكره؛ لأنه تغيير المسجد عما حبس له وهذا ما لم يضيق أو يحجر فيه وإلا حرم.

وكذا يجوز عقد نكاح في المسجد أي: مجرد إيجاب وقبول من غير ذكر شروط ولا رفع صوت أو تكثير كلام وإلا كره واستحب بعضهم عقد النكاح في المسجد للبركة وشهرة النكاح.

وكذا يجوز قضاء لدين في المسجد إذا كان شيئا يسيرًا يخف معه العدو والوزن ولم يكثر التشاغل به وإلا كره.

وبعبارة: يجوز قضاء الدين الشرعي في المسجد على غير وجه التجرد والصرف وإلا كره.

وكذا يجوز في المسجد قتل كالفأر والثعبان فأولى العقرب؛ لأنها أشد إيذاء من الفأر وأقل تقديرا منه ومن الثعبان، وقتل العقرب جائز في المسجد مطلقًا أرادته أو لا، وفي الصلاة إن أرادته لا إن لم ترده.

• ص:

وقيلولة كمسافر بغير المدن.

• ش:

قوله: (قيلولة) بالتنوين وهو عطف على فاعل (جاز).

وقوله: (كمسافر) تشبيه في الجواز وهو في البيات وأما القيلولة فجائزة مطلقًا

وقد كان عمر بن عبد العزيز يقبل على سطح المسجد النبوي.

يعني: أنه يجوز للمسافر والمقيم في المسجد نهارا.

وكذا يجوز للمسافر المبيت ليلا بغير مساجد المدن، وكذا يجوز ذلك لمن لا منزل له أو غير عليه الوصول إليه أما الحاضر الذي له منزل يسهل الوصول إليه يكره له المبيت في المسجد ولو مسجد بادية، كما يكره للمسافر المبيت بمسجد المدن سمع ابن القاسم لا أحب لذي منزل مبينة به وسهل به للضيف ومن لا منزل له.

وبعبارة: يجوز النوم في القائلة للمسافر وللمقيم في مسجد البادية، وكذا يجوز للمسافر المبيت في مسجد البادية، ويكره له في مسجد المدن، وذكر بعضهم أنه يجوز للغريب أن يربط دابته بالمسجد إذا لم يجد ما يربطها فيه.

• ص:

كالتضييف.

• ش:

تشبيه في الجواز بغير المدن حيث لا تقذير، والتضييف أنزال الضيف.

يعني: أنه للإنسان أن ينزل في المسجد الذي في البادية الضيفان ويطعمهم الطعام. قال مالك: وذلك شأن تلك المساجد.

قال ابن رشد: في هذا ما يدل على أن الغرباء الذين لا يجدون مأوي يجوز لهم أن يأووا إلى المساجد، ويبيتوا فيها، ويأكلون فيها ما أشبه التمر من الطعام الجاف. اهـ.

ويجوز جعل الماء العذب في المساجد وكان ذلك في مسجد النبي ﷺ. كما قال «خ».

• ص:

وإناء لكبول إن خاف كسبع.

• ش:

أدخل بالكاف الأولى العذرة والدم والقيح ونحو ذلك، وأدخل بالثانية اللص والسبق بالقاف أي: سبق الحدث، فخوف سبق الحدث كخوف السبع.

يعني: أن من اضطر إلى المبيت بالمسجد يجوز له أن يتخذ إناء للبول أو الغائط أو نحو ذلك إن خاف بالخروج من المسجد بالليل السبع أو اللص ثم يخرجه منه إذا أمن إذ لا يجوز المكث بالنجاسة في المسجد، وكذا إذا خاف سبق الحدث قبل خروجه من المسجد فيتخذ له إناء لماء ذكر ثم يخرجه منه وهذا وما قبله مستثنى من حرمة المكث بالنجاسة في المسجد للضرورة وظاهره سواء كان الإناء يرشح كالفخار أو لا، كالزجاج ولا فرق بين الساكن وغيره كما هو ظاهره.

ويدل عليه كلام ابن رشد وإذا لم يقدر على الخروج ولم يجد إناء فله البول والتغوط في المسجد وقدم عليه الثوب الذي لا يفسده الغسل ولم يحتج إليه مثل الليل والنهار فإذا خاف السبع أو غيره إذا خرج منه نهارا أجاز له أن يتخذ له إناء كما جاز ذلك ليلا للضرورة ومن الضرورة الحراسة في المسجد كما لابن رشد لكن بحث فيه ابن عرفة بأن اتخاذ ما يحرس في المسجد غير واجب وصونه عن النجاسة واجب.

قال «عب»: يمكن أن يكون كلام ابن رشد في بسط شرط الواقف دوام فرشها وسيأتي أنه يتبع شرطه ولو كره.

قال «بن»: إذا أدي شرط الواقف الممنوع وهو اتخاذ إناء البول به لم يتبع وقد يجاب بأن هذا الممنوع عارض غير محقق. هذا إيضاح كلام «حش».

• ص:

ودخول مباح الأكل لنقل كحجر.

• ش:

هذا كسوابقه ولو أحقه عطف على فاعل جاز المتقدم؛ أي: وكذا يجوز دخول مباح الأكل كإبل أو بقر المسجد لنقل حجرا أو طوب أو تراب منه أو إليه لطهارة فضلة المباح، ولأنه عليه الصلاة والسلام طاف على بعير في المسجد.

وأما الدخول لغير النقل فلا يجوز وإن كانت فضلته طاهرة؛ لأنه استعمال في غير ما حبس له، وأما محرم الأكل كالخيل والبغال والحمير فيكره دخوله المسجد لنقل كحجر منه أو إليه خوف أن تبول أو تروث فيه ولغير نقل شيء لا يجوز.

● ص:

وقفل بغير أوقات الصلاة وبصق لطف بمحصب ومترب وكره بمبلط ومفروش وحائط ومسح ولا يحك فيه.

● ش:

أي: وكذا قفل المساجد في غير أوقات الصلاة وإلا منع؛ لأنه تحجر.

وكذا يجوز بصق لطيف بمسجد محصب فوق الحصباء أو في خلافها خلافًا لـ«عب» في الأول وما ورد من أن كفارتها دفنها لعله بيان للأكمل، ويمكن أنه مراد «عب».

وكذا يجوز البصق اللطيف بمسجد مترب، فإن لم يكن لطيفا كان تقديرا فيحرم ويكره البصق بالمبلط والمفروش فوق فرشه فإن فعل ذلك مسحه عن البلاط والفرش وذا يكره البصق في حائط المسجد فإن وقع مسحه ولا يحكه في الحائط أي: لا ينثر البصاق الرطب في الجدار بحكه فيه أما بعد جفافه فهو حك عنه وقد فعله ﷺ بيده الشريفة.

وبعبارة: يكره البصق في المبلط أو المفروش فوق فرشه، وكذا المحصب فوق الحصباء، وأما المترب فيجوز كتحت فرشه وفرش المحصب، أو في خلال الحصباء، وهذا ما لم يكثر حتى يقدره وإلا منع.

قال «دك»: إلا أن قوله: وكذا المحصب فوق الحصباء؛ تبع فيه «عب» وقد علمت ما فيه، وقول «المص»: (وكره... إلخ) تخلص للمكروهات بعد أن فرغ من الجائزات.

● ص:

كسكنى غير متجرد وفرش ومتكئا إلا لضرورة أو ما حقر.

● ش:

تشبيه في الكراهة؛ يعني: أنه يكره سكني رجل غير متجرد للعبادة كما مر فهذا مفهوم ما سبق.

وكذا يكره للإنسان أن يتخذ فرشا في المسجد يجلس عليه؛ لأن ذلك ينافي

الخشوع والتواضع في المسجد إلا لضرورة كحرا أو برد.

وكذا يكره اتخاذ متكئا في المسجد كوسادة يتكئ عليها إلا لضرورة.

وكذا يكره الاتكاء فيه لغير ضرورة؛ لأنه ينافي التواضع المشروع في المساجد.

فقوله: (إلا لضرورة) راجع للفرش والمتكئ.

وقوله: (المسجد إلا لضرورة وإلا ما حقر) من الفرش كالفروة، وكان مالك يوسع في اتخاذ المصليات والخمر في المسجد، والمصليات بضم الميم وفتح الصاد وشد اللام جمع مصلي أي: شيء يصلي عليه نحو سجادة والخمر جمع خمرة بوزن غرفة حصير صغير من سقف النخل وروي ابن حبيب عن مالك لا بأس أن يتوفى برد الأرض والحصبا بالحصير والمصليات وفروة ونحوها. أفاده «خ» وغيره.

● ص:

ووضوء طاهر الأعضاء وإيقاد نار ودخول كخيل لنقل وتعفيش بالطاهر وبيع بتقليب وسل سيف ورفع صوت فوق الحاجة إلا بتلبية أو تكبير برباط.

● ش:

يعني: أنه يكره وضوء طاهر الأعضاء في المسجد ولو جمع مائة بإناء كطست؛ لأنه لم يعد للوضوء وقيل يجوز وأما نجس الأعضاء فيحرم ووضئه في المسجد.

وكذا يكره إيقاد نار في المسجد إلا لبخور أو استصباح فلا يكره.

وكذا يكره دخول كخيل من كل نجس الفضلة كالبغال والحمير لنقل حجر ونحوه من المسجد أو إليه خشية تنجيسه وأما الغريب إذا لم يجد مكانا لدابته فيجوز إدخالها للضرورة ولو نجسه العقلة في «حش» وتقدم لنا نقله عن بعض القضاء وأما مباح الأكل كالإبل فسبق لـ«المص» أنه يجوز دخوله المسجد لنقل حجر ونحوه فما هنا مفهوم ما تقدم.

وكذا يكره تعفيش المسجد بطاهر كالتبن والخوص ويحرم بالنجس كتقديره ولو بطاهر كالبصاق الكثير.

وكذا يكره بيع في المسجد بتقليب ونظر للمبيع ما لم يلزم عليه جعل المساجد أسواقا فيحرم وأما مجرد العقد بغير تقليب فجائز ولا فرق بين بيع الذوات والمنافع

كان يؤاجر نفسه ليعلم القرآن في المسجد سواء كان كبيرًا أو صغيرًا لا يعبث ويكف إذا نهي وقيد بعضهم كراهة البيع بما إذا لم يكن بسمسار وإلا حرم وأما الهبة والصدقة فلا كراهة فيها؛ لأن ذلك معروف مرغب فيه.

وكذا يكره سل سيف أو سكين في المسجد للتقليب أو لقطع حاجة وحرم سله للإخافة، بل في فتاوى الحنفية أنه رده ابن رشد ولا يسل في المسجد سيف، وروى ابن حبيب: لا يمر في المسجد بلحم ولا تنقر فيها النبل ولا يمنع فيها القائلة.

قال ابن حبيب: معنى تنقير النَّبل: إدارتها على الظفر، أي: إمالتها عليه ليعلم مستقيمها من معوجها، وتنقِّر بتشديد القاف، والنَّبل بفتح النون: السهام العربية وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها بل الواحد سهم كما في المصباح.

وكذا يكره في المسجد رفع الصوت فوق الحاجة بذكر أو بقرآن بل ولو بعلم ويكره رفع الصوت بالعلم فوق إسماع المخاطب ولو بغير المسجد، قال مالك: مال العلم ورفع الصوت. اهـ.

و(رفع) في كلام الإمام منصوب على أنه مفعول معه وهو استفهام بمعنى النفي.

ويستثنى من كراهة رفع الصوت في المسجد التلبية في مسجد مكة ومنى ورفع صوت المرابط بالتكبير ونحوه كما أشار لذلك بقوله: (إلا بتلبية أو تكبير برباط).

وكذا يستثنى رفع صوته المبلغ في المسجد بقدر إسماع المأمومين.

ثم شرع يذكر ما يحرم في المسجد بقوله:

● ص:

وحرم إذا آذى كتخليط القارئين وكسكنى امرأة ولو تجردت.

● ش:

تقدم أنه يكره رفع الصوت في المسجد وذكر هنا أن محل الكراهة ما لم يؤذي فإن أذي أحد كتخليط القارئين على المصلين حرم.

وكذا يحرم سكنى امرأة في المسجد ولو تجردت للعبادة لما أسلفناه أول المبحث.

ثم عطف على فاعل حرم قوله:

• ص:

وتقذير وإن بطاهر ومكث بنجس غير معفو إلا لضرورة وتعليم صبيان وإخراج ريح وسكنى فوقه وجازت تحته.

• ش:

أي: وكذا يحرم تقذير المسجد ولو نشئ طاهر كالبصاق والمخاط وقشر البطيخ والتعفيش بكون باليابسات والتقذير بالمائعات.

وكذا يحرم المكث في المسجد بنجس غير معفو عنه إلا لضرورة كالنعال وتوضع في شيء طاهر يكنها والمتجنس كالنجس ولو ستر بطاهر، وقيل: إن ستره جاز فيوضع النعل المتجنس في شيء طاهر يكنه ولو على القول الأول وكما يحرم المكث بالنجس في المسجد يحرم المرور فيه بالنجس.

قال «خ»: والمتجنس كالنجس والمراد بالمتجنس المتجنس بعين النجاسة وأما إن أزيل عينها وبقي حكمها فلا يمنع المكث به فيه كما استظهره الشيخ كريم الدين. اهـ.

وكذا يحرم تعليم الصبيان في المسجد؛ لأنه مظنه العبث كما في «شب» فيحرم تعليمهم القرآن أو غيره في المسجد ولو مع عبثهم بالفعل للمظنة ولعدم تحفظهم من النجاسات وتقذيرهم المسجد وتعليمهم في المسجد جرحة في شهادة المعلم إن علم، كما في المعيار.

وكذا يحرم إخراج الريح عمدا في المسجد ولو كان خاليا من الناس لحرمة المسجد والملائكة. وقال ابن العربي: يجوز إن احتاج له كما يجوز بالبيت والريح بصوت بحضرة الناس حرام، كما في «الش» عن شيخه العدوي.

وعبر بإخراج ليفيد أن الحرمة في العمد؛ لأن الإخراج تعمد الخروج، وأما خروج الريح فيه غلبة فلا يحرم، وعبارة المؤلف كقول اللخمي ولا يجوز جلب الريح فيه وإن كان مخليا لحرمة المسجد والملائكة. اهـ.

وقوله: مخليا؛ معناه خاليا من الناس.

وكذا تحرم السكنى بالأهل في منزل فوق المسجد؛ لأن فوق المسجد له حكم

المسجد إلا أن تتقاضى المسجدية عنه بأن بني الأعلى قبل تحبيس الأسفل وجعله مسجدا فلا تحرم بل تكره كما تكره السكنى فوقه بغير الأهل وجارت السكنى تحته بأن يبني له بيتا تحت المسجد المرتفع وأما قبر في أرضه فلا يجوز كالدفن فيه؛ لأنه يؤدي لنبشه إلا لمصلحة، كما في «حش» عن السيد وغيره، قال: ولا يجوز الغرس فيه وإن وقع قلع. اهـ.

تنبيه:

يكره إنشاد ضالة في المسجد؛ أي: تقريضها فيه.

وكذا يكره نشدها وهو سوال ربها عنها.

وكذا يكره في المسجد الهتف بالميت أي: الصياح فيه أو ببابه للإعلام بموته وأما الإعلام بغير صياح فجائز ذكر ذلك الأصل هنا ولم يذكره «المص»؛ لأنه تقدم في الجنائز، والله أعلم.

ولما جرت عادتهم أن يذكروا هنا أحكام المياه والكلا وما يتعلق بذلك تبعهم «المص» في ذلك فقال:

● **ص:**

والماء في المملوكة مملوك.

● **ش:**

يعني: أن الماء الكائن في ذات مملوكة كأرض أو بئرا أو صهريج أو حفرة أو جربه أو جرة أو قصعة مملوك لمالك تلك الزان فيجوز له منعه وبيعه وإن كان الأولى خلافه، لما قيل: أربع لا تمنع: الماء والنار والكلأ والحطب. وكذلك الماعون؛ لأن منع ذلك ليس من مكارم الأخلاق، فالأولى المواساة بذلك كهبة والتصدق به، وعبارة «المص» مع «الش»: والماء في المملوكة بئرا أو صهريجا أو غيرها مملوك. اهـ.

والصهريج هو الذي عبر عنه الأصل بالماء جل بفتح الجيم والجيم بينهما همزة ساكنة كمقعد وبضم الميم وفتح الجيم كمعظم.

وقوله: أو غيرها؛ أي: كأواني في بيته سال بها المطر أو بنفس ساحة داره فإن

سال المطر بموقوف جري عليه حكم وقفه فيما يظهر فإن حوزه الماء من جملة منافعه، قاله «حش».

والحاصل: أن حكم الماء حكم ما هو فيه فمن حل المطر بأرضه الخاصة به بملك أو منفعة فحكمه حكم الأرض.

• ص:

وإن ورد عليه من خيف شدة إذاه وجب مواساته بما فضل وله الثمن إن وجد معه.

• ش:

قوله: (من خيف شدة إذاه) يدخل فيه غير العاقل تعليا وإن كان أصل وضع من للعاقل وأولى من شدة الأذى خوف الهلاك بالعطش.

يعني: أنه إذا ورد على صاحب الماء من يخشى عليه الهلاك أو شدة الأذى من العطش فإنه يجب عليه مواساته بما فضل من الماء عن حاجته سواء كان الوارد عاقلا أو غيره ولا يجوز له منعه وله ثمن الماء على الوارد إن وجد معه، فإن لم يوجد معه الثمن دفع له الماء مجانا ولا يتبعه به ولو كان مليا بمحل آخر فكلا تشتغل ذمته بشيء.

فعلم من ذلك أن ما تقدم من أن صاحب الماء له منعه وبيعه لمن شاء محله إن لم ترد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك أو المرض الشديد لو تركوا حتى يردوا ماء غيره فإن ورد عليه قوم كذلك وجب عليه أن يدفع لهم ما فضل عن حاجته مجانا ولا يرجع عليهم بعد ذلك بالثمن ولو مليا ببلدهم.

• ص:

ووجب هدرا لزرع جارك إن وضعه على بئر فانهدمت وشرع في إصلاحها.

• ش:

يعني: أنه يجب عليك يا صاحب الماء المواساة بما فضل عنك هدرا جبرا عليك لزرع جارك إن زرعه على بئر أو عين فانهدمت وشرع في إصلاحها، أما إن زرعه على غير بئر أو لم يشرع في إصلاحها فلا حق له عليك لمجازفته في الأول وتقصيره في الثاني.

وقوله: (هدرا) أي: بلا ثمن ولو كان جارك مليا خلافًا لابن يونس حيث قال: يلزمه الثمن إن كان معه قياسا على مسألة من خيف عليه الهلاك، وجوابه أن الماء في مسألة الزرع فضل عن حاجة صاحبه وجاره معذور بهدم بئره مع أخذه في الإصلاح، بخلاف المسافر فإن الغالب عليه أنه مختار بالسفر مع كونه يحتاط لنفسه باعتداد الثمن لمثل ذلك.

والحاصل: أن صاحب الماء يجبر على دفع ما فضل عن حاجته هدرا الزرع جاره حيث خيف عليه الهلاك بشروط ثلاثة:

الأول: أن يزرعه على أصل ما فإن زرعه لا على أصل ما فقد عرض زرعه للهلاك.

الثاني: أن تهدم بئره لا إن لم تنهدم.

الثالث: أن يشرع في إصلاحها لا إن لم يشرع لتقصيره.

● ص:

وإن حفرت بئر ماشية ببادية فلا منع لك إلا أن تشهد بالملكية.

● ش:

يعني: أنك إذا حفرت بئر ماشية ببادية في الموات فلا منع لك مما فضل عنك منها بل تترك غيرك ينتفع بما فضل هدرا ولو وجد معه الثمن؛ لأنه لا يجوز لك بيعه ولا نسبه ولا يورث عنك لعدم الإحياء بمجرد الحفر إلا أن تشهد عند حفرها بالملكية فلك حينئذ منع غيرك منها ولك أخذ الثمن إن وجد؛ لأن ذلك إحياء حينئذ.

وقوله: (ببادية) احترز به عن بئر الرجل في حائطه بحيث يضره الدخول لها فله المنع منها كالتي في داره كما نقله «بن» عن ابن رشد. أفاده «حش».

فائدة:

أفاد بعض الشيوخ: أن المسافرين للحج كل من سبق منهم إلى الماء فهو أحق به.

وكان الشيخ ابن عرفة سنة حجه يسبق ويأخذ ما يكفيه ويقول: كل من نازعني قاتلته لأني أحق. قال البرزلي: معناها لم يخش على من بعده ضررا.

● ص:

وقدم المجهود.

● ش:

يعني: أنه إذا اجتمع جماعة على بئر الماشية وكل منهم محتاج للشرب فإنه يقدم المجهود من العطش على غيره سواء كان آدميا أو غيره ولا ترتيب حينئذ فيقدم المجهود حتى على رب الماء.

وبعبارة: إذا لم يكن في بئر الماشية فضل فإنه أربابها وكان بتقديم أربابها يحصل الجهد لغيرهم وبتقديم غيرهم عليهم لا يحصل الجهد لهم أو بعكس ذلك فإنه يبدأ بمن يحصل له الجهد بتقديم غيره عليه ومثل ذلك إذا كان يحصل بتقديم رب الماء على غيره كثرة الجهد لغيره ولا يحصل بتقديم غيره عليه كثرة الجهد له بل جهد غيره كثيرا أو العكس فإنه يقدم من يحصل له كثرة الجهد بتقديم غيره عليه فإن كان يحصل من تقديمه على غيره الجهد لغيره كما يحصل من تقديم غير رب الماء على ربه الجهد له.

والحاصل: لها مستو فهل يتواسون أو يقدم رب الماء قولان أظهرها الثاني. أفاده «خ».

واعلم أنه يقضي لمن قدم بإعادة آلة السقي المحتاج إليها من ربها.

قال «عب»: وهذا ما لم يجعل الآلة للأجرة وإلا أخذ الأجرة وتبعه بها إن لم توجد معه وهو تابع في ذلك لابن عبد السلام.

وقال ابن عرفة: مقتضي الروايات خلافه وكان ذلك لأن شأن الآلة أن لا تتخذ للكراء. أفاده «حش».

والآلة كالجعل والدلو والحوض وما يحتاج إليه.

● ص:

فإن استووا قدم ربها ثم المسافر.

● ش:

له رتبة إلا التأخير.

يعني: أنه يقدم المجهود على غيره فإن استووا كلهم في الجهد فإنه يقدم رب البئر حتى يروي ثم بعده يقدم المسافر مجانا حتى يروي لاحتياجه لسرعة السير وسواء كان المسافر غنيا أو فقيرا؛ لأن مالك البئر لم يتخذها للكراء ثم بعد المسافر الحاضر حتى يروي وتقديم المسافر على الحاضر واجب عند الجهد وإلا فمندوب وهذا كله في الآدميين، وأما الدواب والمواشي فأشار لها بقوله:

• ص:

والدواب كأربابها ثم الماشية على ترتيب الدواب.

• ش:

يعني: أنها إذا شربت الآدميون على الترتيب السابق فإنها تسقي الدواب وهي كأربابها في الترتيب السابق فتقدم دابة رب البئر حتى تروي ثم دابة المسافر كذلك ثم دابة الحاضر ثم بعد الشرب الدواب تسقي الماشية على ترتيب الدواب فتقدم ماشية ربها ثم ماشية المسافر ثم ماشية الحاضر وقيل يقدم المسافر بدوابه ومواشيه ليسير الحال سبيله وإنما أخرت المواشي عن الدواب لإمكان ذكاتها دون الدواب، ولأن الحاجة لها دون الحاجة للدواب عادة.

• ص:

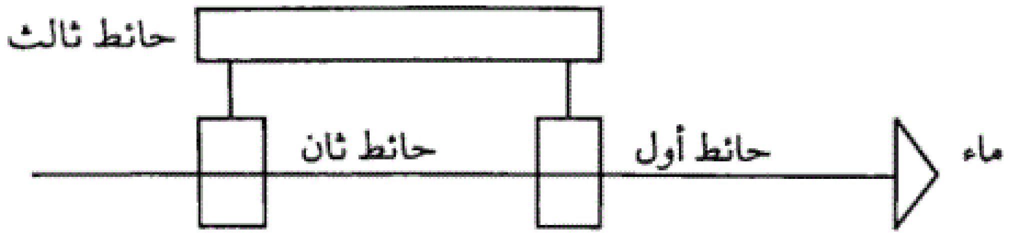
وإن سال ماء بمباح سقي الأقرب فالأقرب للكعب إلا أن يسبق الأبعد إحياء.

• ش:

يعني: أنه إذا سال المطر أو غيره بمكان مباح لا ملك لأحد عليه وبجانبه زرع أو جنات لناس شتى فإنه يسقي الأقرب للماء فالأقرب للكعب؛ أي: حتى يبلغ الماء فيه الكعب ثم يرسل الماء للآخر، وهكذا بتقديم الأقرب فالأقرب إلا أن يكون الأبعد أسبق في الإحياء من الأقرب فيقدم الأبعد على الأقرب ولو لم يخش هلاكه أي: الأبعد كما حققه الرماصي.

فمحل تقديم الأقرب على الأبعد أن تقدم الأقرب في الإحياء على الأبعد أو تساويا في الإحياء، فإن قابلها زرع أو حائط ثالث وزرع عليها ولكل جزء من الموزع

حكم مقابلة من الأول والثاني أي: له حكمه في السقي وصورة ذلك هكذا:



فتسقي الأول مع ما يقابله من الثالث وتسقي الثاني مع ما يقابله من الثالث أيضًا كما رأيت في التصوير واحترز «المص» بالمكان المباح مما لو سال المطر بمكان مملوك فإن صاحبه له منعه من غيره كما مر.

تنبيه:

إذا وصل الماء في القرب للكعب كما مر فهل يرسل لمن بعده جميع الماء أو يمسكه للكعب ويرسل ما زاد قولان:

الأول: لابن القاسم واختاره ابن رشد.

الثاني: وهذا في الزرع والبساتين وأما الرحا أي: رحا الماء فمؤخرة عن المزارع والبساتين؛ لأن الحكمة الأصلية المقصودة من الماء النبات بنصوص القرآن لا الرحا ونحوها وهذا أسهل من الفرق الذي في عبق أفاده «حش».

● **ص:**

وسويت الأرض أو اعتبر الكعب في الأعلى والأسفل.

● **ش:**

يعني: أن المقدم على غيره يؤمر بتسوية أرضه إن أمكن، فإن لم يمكن وكان لا يبلغ الماء الكعبين في الأعلى حتى يكون في المنخفض أكثر فيعتبر وصول الماء للكعب في الأعلى والأسفل فيسقي الأعلى على حدته للكعب ثم الأسفل على حدته للكعب فيصير هذا الحائط المشتمل على أعلا وأسفل كحائطين فتسقي كل جهة على حدتها للكعب ثم يرسل الماء لما بعدها.

والحاصل: أنه لابد من التسوية أو اعتبار الكعب في الأعلى والأسفل كحائطين.

ثم ذكر مفهوم الأقرب بقوله:

● ص:

فإن استوت في القرب قسم.

● ش:

يعني: أن الزروع أو الجنات إذا استوت في القرب للماء المباح فإنه يقسم الماء بينها بالتسوية على الأظهر سوء كانت كلها في جهة أو بعضها في جهة والبعض الآخر في جهة أخرى وسواء استوي زمن أحيائها أو اختلف وقولنا بالسوية على الأظهر هو من كلام «الش» وهو أحد احتمالين لبعضهم في عبارة الأصل، ومعناه: أنه يقسم الماء نصفين أو أثلاثا على عدد البساتين مثلا، والاحتمال الثاني أن القسم بالمساحة فإذا كان لواحد فدان وللآخر نصف قسم بالثلث والثلثين.

وعبارة الأصل: وقسم للمتقابلين؛ أي: الحائطين مثلا المتساويين في القرب للماء.

قال «خ» في شرح هذه العبارة: يعني أن جنات القوم إذا كانت متقابلة للماء الذي سال في الأرض المباحة فإن ذلك يقسم بينهم ولا يتقدم واحد منهم على الآخر غيره بل فيه سواء.

قال سحنون: فإن كان الجنانان متقابلين فيما حكمه أن يكون للأعلى فالأعلى قسم الماء بينهما وإن كان بعض الأسفل مقابلا لبعض الأعلى حكم لمقابل الأعلى بحكم إلا على ولمقابل الأسفل بحكم الأسفل.

فقوله: (للمتقابلين) أي: في الجهة وهل على التسوية أو المساحة توافق فيه بعض وظاهره تساويا في الإحياء أو تقدم أحدها للآخر وهو كذلك. انتهى.

والمراد بالأعلى في كلام سحنون: الأقرب.

تنبيهان:

الأول: جميع ما تقدم في الماء المباح كالمطر والنيل وأما المملوك كما إذا اجتمع جماعة على أجرائه بأرض مباحة أو بأرضهم المشتركة بينهم أو على حفر بئر أو عين فإن الماء يقسم بينهم على حسب أعمالهم بالقلد كما سبق في القسمة ولا تبدئه هنا للأقرب على غيره؛ لأنهم ملكوا لما قبل وصوله إلى أرضهم بحسب

أعمالهم وبحسب ذلك العمل يقسم الماء بينهم والقلب بالكسر عبارة عن الآلة التي يتوصل بها لإعطاء كل ذي حق حقه من الماء ومنه الساعات الرملية وغيرها ومثل القلد القسم بالأيام وإذا نشأ في السبق أقرع بينهما.

الثاني، قال ابن عرفة: عياض: وابتداء زمن الخط من حين ابتداء جريه لأرض ذي الخط ولو بعدت إن كان أصل أراضيهم شركة ثم قسمت بعد شركتهم في الماء؛ لأن على ذلك قومت الأرض حين قسمها وإلا فمن حين وصوله لأرضه. اهـ المراد منه.

فإن قلت: لم اعتبر الخط من حين ابتداء الجري حيث قسمت الأرض بعد شركتهم في الماء وأما في غير ذلك فمن حين وصول الماء إليه.

قلت: لأنه إذا وقع القسم بعد شركتهم في الماء فإنما تعدل على أقلهم نصيبا بالقيمة فيراعي في التعديل قرب الماء وبعده، بخلاف ما إذا كان القسم قبل الشركة في الماء أو لم تكن بينهم شركة في الأرض وإذا قسم الماء بالقلد فيراعي اختلاف الجري وقلته فإن جريه عند كثرته أقوى من جريه عند قلته فيرجع في ذلك لأهل المعرفة فإذا قالوا: إن جريه عند كثرته خمس درج يعدل جريه عند قلته ثمان درج عمل بذلك ومن ذلك جريه بالليل فإنه أكثر من جريه بالنهار حتى قال ابن عرفة: يقسم ما الليل وحده وما النهار وحده.

وصفة القرعة المتقدم ذكرها: أن يجعل أوراق بعدد الشركاء ويكتب في كل ورقة اسم واحد من الشركاء ثم يعطي الأوراق واحدة واحدة فمن خرج اسمه في التي أعطيت له أو لا بدأ به ثم من خرج اسمه في التي أعطيت له ثانيا. وهكذا أفاد جميع ذلك «خ».

● **ص:**

ولا يمنع صائد ولا كلأ إلا أن يضرا بكزرع أو يبور أرضه ليرعاها.

● **ش:**

قوله: (ولا يمنع صائد) أي: صائد لسمك سواء طرحه رب الأرض في الماء فتوالد أو جره الماء إلى أرضه وسواء كان يملك ذات الأرض أو يملك منفعتها كأرض العنوة؛ لأنها لا تملك ذاتها وإنما هي أرض خراج واستمتاع وأولى السمك

الذي في الأودية والأراضي التي ليست مملوكة لأحد فلا يجوز لأحد أن يمنع من يصيد منها.

وقوله: (ولا كلأ) عطف على صائد أي: ولا يمنع راع من رعي كلأ وهو بالتنوين والقصر ما ينبت في المرعي من غير زرع.

وقال عياض: الكلأ مقصور مهموز: العشب وما تنبته الأرض مما تأكله المواشي ولا فرق في الكلأ بين النابت في فحص وهي الأرض التي تركها ربها من الزرع استغناء عنها ولم يبورها للرعي والنابت في العفا بالمد وهي الأرض التي أعفيت أي: تركت من الزرع لعدم قبولها الزرع كأرض الخرسي.

وهذا كله في الأرض المملوكة وأما غيرها كالغياء في فالناس فيه سواء إلا السلطان فله أن يحمي لمصلحة كما سبق.

وقوله: (إلا أن يضر) أي: الصائد والراعي.

وقوله: (بكزرع) أدخل فيه بالكاف الحريم فإذا خاف من الصائد أو الراعي التطلع على حريمه أو أفساد زرعه بتخلص المواشي أو الدواب للكلا الذي اكتنف به زرعه فله المنع.

وقوله: (أو يبور أرضه) عطف على الاستثناء أي: أو إلا أن يبور أرضه من الزرع لأجل أن يرعى ما نبت فيها من الكلأ فله منع غيره منها.

والمعنى: أن الشخص إذ ملك أرضا أو ملك منفعتها فإنه لا يجوز له أن يمنع صائد السمك من مائها وأولى لا يمنع وقيد من نار وظل شجر ولا يمنع الصائد ولو أتي رب الأرض بالسمك وطرحه في الماء في أرض العنوة أو غيرها أراد رب الأرض الصيد لنفسه أو لا على الراجح وما في الأصل ضعيف.

وكذا لا يجوز للشخص أن يمنع الراعي من رعي كلأ في أرضه ومحل عدم المنع من الصيد والرعي إذا لم يضر الصائد أو الراعي بزرعه الذي كتنف بالماء أو الكلأ ولم يضربه الصائد أو الراعي بسبب الإطلاع على حريمه ولم يبور أرضه ليرعى ما نبت فيها بمواشيه فإن أضر الصائد أو الراعي بزرعه أو حريمه أو بور أرضه ليرعاها فله حينئذ منع غيره من الصيد والرعي.

وبعبارة: المذهب أنه لا يمنع صيد سمك وإن من ملكه في أرض العنوة أو غيرها طرحت فتو الدت أو جرها الماء إلا في صورة واحدة وهي ما إذا كان الماء في ملكه ويضربه الصيد بأن يطلع الصائد على حريمه أو يفسد زرعه أو نحو ذلك.

وكذا لا يمنع من رعي الكلأ الثابت في أرضه الفحص أو في أرضه العافية ما لم يكتنفه زرعه فإن اكتنفه فله المنع كما أن له المنع من أرضه التي بورها لرعي الكلأ الذي ينبت فيها.

فائدة:

ما انكشف عنه البحر يكون للأقرب له على المعول عليه كما في مُحَشِّي الخَرَشي عن البدر وقيل هو فيء.

وفي مُحَشِّي الخَرَشي أيضًا: أن الجزيرة التي انكشف عنها البحر لا تكون لمن دخل البحر أرضه أي: لا تعوض له بدل ما أخذه البحر من أرضه وهذا في أرض البحر التي تكون فيه أصالة أما أرض معينة لشخص طغي عليها الماء ثم انحسر عنها فهي لربها؛ لأن استحقاقه لم يزل غايته طري مانع وزال وهذا فيما نشأ عن ذات البحر إما بفعل فاعل كحفر الترع فعلي كلٍّ. أفاده «الش» و«حش»، والله أعلم.

***

باب [في أحكام الوقف]

وهو من التبرعات المندوبة ويعبر عنه بالحبس وقد حبس النبي ﷺ والمسلمون بعده.

قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون.

قال الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية دارا ولا أرضا فيما علمت وإنما حبست أهل الإسلام ولا يرد الكعبة وحفر زمزم؛ لأنه كان على وجه التفاخر لا التبرر.

وبحث بعضهم في كلام الشافعي بأن وقف الخليل باق إلى الآن وكانت مصر وإقطاعها وقفا على كنيسة بالروم ورد هذا البحث بأن الشافعي رضي الله عنه إنما ادعى أنه لم يثبت عن الجاهلية ولم ينفه عن الأنبياء ولا عن أهل الكتاب المتقدمين فهو تخصيص نسبي والوقف مصدر وقف من باب وعدو بالهمزة لغة رديئة إلا في أوقفت عن كذا أي: أقلعت عنه وأوقفته عن كذا وسمي وقفا؛ لأن العين موقوفة وحبسا؛ لأن العين محبسة.

وعرفه «دص» بأنه جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس. اهـ.

وقوله: جعل منفعة مملوكة؛ من إضافة المصدر لمفعوله أي: جعل المالك منفعة مملوكة الذي يملك ذاته لمستحق وخرج يجعل المنفعة إعطاء الذات كالهبة.

وقوله: ولو بأجرة؛ مبالغة في مملوك أي: مملوك الذات كما هو الغالب بل ولو كان مملوك المنفعة بأجرة فمن استأجر شيئًا مدة يجوز له وقف منفعته تلك المدة إذ لا يشترط التأبيد كما يأتي والمراد المملوك ولو تعليقا نحو: إن ملكت دار فلان فهي حبس.

وقوله: أو غلته؛ عطف على منفعة أي: أو جعل غلة المملوك لمستحق كدراهم في نظير إجارة الوقف.

وقوله: لمستحق؛ متعلق بجعل.

وقوله: بصيغة؛ أي: بلفظ دال عليه كجست ووقفت.

وقوله: مدة؛ ظرف لجعل المنفعة وهو إشارة إلى أن الوقف لا يشترط فيه التأبيد فتضمن هذا التعريف أركان الوقف الأربعة وهي الواقف الجاعل منفعة مملوكة للمستحق والموقوف عليه وهو المستحق والعين الموقوفة وهي مملوك الذات أو المنفعة والصيغة الدالة على الوقفية وهذه الأركان الأربعة ذكرها «المص» كما سيأتي بيانه.

وقوله في التعريف: ولو بأجرة؛ يشمل ما إذا استأجر دال مملوكة أو أرضا كذلك مدة معلومة واقف منفعتها ولو مسجدا في تلك المدة، وأما إذا استأجر ووقفا واقف منفعته على مستحق آخر غير الأول في تلك المدة وأما المحبس عليه فليس له تحبيس المنفعة التي يستحقها؛ لأن الحبس لا يحبس نعم له أن يسقط حقه في ذلك الحبس مدة حياته أو مدة استحقاقه إذا مات أو انقضت مدة استحقاقه رجع لمن يليه في الرتبة وأما ما يقع عندنا بمصر من أن المستحق ولو قف أو الناظر على مسجد ونحوه ببيع الوقف بدارهم كثيرة ويجعل المشتري على نفسه لجهة المستحقين أو المسجد حكرا أي: شيئا قليلا ثم يوقف ذلك الوقف على زوجته وعتقائه وإذا لم يوقف باعه وورث عنه ويسمونه خلوا فهذا باطل بإجماع المسلمين وبعض من يدعي العلم يغتبهم بجوازه ويسند الجواز للمالكيه وهي فتوي باطلة قطعا وحاشا المالكية أن يقولوا بذلك وهذا معنى قول الخَرَشي وهذا ما لم يكن منفعة حبس لتعلق الحبس بها وما تعلق به الحبس لا يحبس كالخلوات وأيضًا هي لا تدخل في قوله: (مملوك) إذا المراد مملوك لم يتعلق به حق لغيره. اهـ.

وهو كلام حق لا شبهة فيه وتوضيحه على ما شاهدناه من أهل مصر أن الحوانيت الموقوفة على مسجد الفوري والإشرف والناصري وغيرها ببيعها الناظر بثمن كثير فيبيع الحانوت الواحد بنحو خمسمائة دينار لا لفرص سوي حب الدنيا والأعراض عن حب الآخرة ثم إن المشتري منه يجعل على نفسه حكرا ككل شهر يضفي فضة من الدراهم العددية ويسكنه أو يكريه كل يوم بعشرة أنصاف وقد يوقفه على نفسه

وزوجته وذريته من بعده وقد يبيعه ويوفي دينا عليه وغير ذلك. فانظر هذا الخبط الخارج عن قوانين الشريعة.

ومن الأعاجيب: أن الشيخ أحمد القرقاوي جعل لبعض القضاة رسالة في ذلك وجوز فيها مثل ما تقدم وصار الناس يفتون بجواز ما ذكر معتمدين على ما في هذه الرسالة من الكلام الباطل وهذا هو الذي قصد الشيخ الخَرَشي رده بما تقدم عنه وبعضهم لم يفهم مراده فاعترض عليه.

والحاصل: أنه شاع عندنا بمصر أن الخلو يجوز بيعه عند المالكية دون غيرهم ويجعلون منه ما تقدم ذكره حتى لزم على ذلك بطلان الأوقاف وتخريب المساجد وتعطيل الشعائر الإسلامية وكثيرا ما يقع في الرزق الكائنة ببر الجيزة تكون مرصدة على منافع زاوية الإمام الليث بن سعد أو على منافع زاوية الإمام الشافعي فيبيعها الناظر على الموجه المتقدم ثم إن المشتري قد يوقفها على نحو زاوية الإمام الشعراني وقد يوقعها على نفسه أيام حياته وبعده على ذريته وربما باعها الناظر لذمي فأوقفها الذمي على كنيسة وقد وقع هذا فإن رزقه كانت موقوفة على مدرسة السلطان حسن باعها ناظرها على الوجه المتقدم لذمي ثم إن الذمي أوقفها على كنيسة وكان المسلمون يزرعونها ويدفعون خراجها لأهل الكنيسة ثم تغلب النصارى على المسلمين بواسطة أمرا مصر الضالين فنزعوها من أيدي المسلمين وصاروا يزرعونها في زماننا وانحط الأمر على ذلك، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

نعم للخلو الذي وقعت الفتوى بجواز بيعه وهبته إنما هو في وقف خرب لم يجد الناظر أو المستحق ما يعمره به من ريع الوقف ولا أمكنه أجارته بما يعمر به فيأذن لمن يعمره بينا أو غرس على أن ما عمره به يكون ملكا للمعمر ونقض الغلة عليه وعلى الوقف فما ناب الوقف يكون للمستحق وما ناب العمارة يكون لربها فهذا ليس فيه إبطال الوقف ولا إخراجه عن غرض الواقف وليس هذا مراد الشيخ الخَرَشي بما تقدم حتى يعترض عليه به فأفهم ذلك والله الموفق للصواب هذا نص «دص» وسيأتي نص «الش» و«حش».

● ص:

صح وقف مملوك.

● ش:

يعني: أنه يصح ويلزم ولا يتوقف على حكم وقف الشيء المملوك للواقف ولو بالتعليق كان ملكت دار فلان فهي وقف أو كان مشتركا شائعا وقبل القسمة ويجبر عليها الواقف إن أراد الشريك وأما مالا يقبلها ففيه قولان مرجحان وعلى الصحة يجبر الواقف على البيع إن أراده شريكه ويجعل ثمنه في مثل وقفه فإن ثبت أنه قصد أضرار شريكه بوقف حصته ولو بقرنية بطل الوقف وأراد بالمملوك ما يشمل مملوك الذات والمنفعة كما يأتي لقول المدونة ولا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجدا عشر سنين فإذا انقضت كان النقض للذي بناه وعبر بصح دون جاز لمقابلة قوله الآتي: (وبطل) أي: صح وندب ولزم وقف مملوك وإن لم يجز بيعه كجلد الأضحية وكلب الصيد والعبد الأبق.

قال «خ»: ووقف ملك الغير وهبته وصدقته وعتقه باطل ولو أجاره المالك. اهـ.

وسيأتي لذلك تتمة ويدخل في المملوك العقار والمقوم والمثلي والحيوان والصحة في العقود ترتب أثار الشيء عليه. كما قال «خ».

والوقف من أثاره عدم جواز بيعه وهبته والتصرف فيه بغير الذي وقف له وشمل المملوك أيضًا ما تعلق حق للغير كالمؤجر والموهوب إن أراد وقفه بعد خلاصه؛ لأنه لا يشترط في الوقف التبخير وتقدم أن الملك يشمل المعلق نحو: إن ملكت دار فلان فهي وقف؛ ولذا فتي الجيزي بأن من التزم أن ما يبنيه بالمحل الفلاني فهو وقف ثم بني فيه يلزمه ما التزمه ولا يحتاج لإنشاء وقف.

وانظر هل لابد في التعليق من تعين المعلق فيه كما ذكر أو لا يدخل فيه ما يقع لبعض الواقفين أنه يقول في كتاب وقفه: وكل ما تجدد لي من عقار أو غيره ودخل في ملكي فهو ملحق بوقفي هذا حرره وخرج بالمملوك وقف الفضولي فهو باطل كما مر، بخلاف تصرفه بمعاوضة كالبيع فصحيح موقوف على الإجارة فإن أجاز هنا فلابد من استئناف وقف ومن جملة وقف الفضولي أوقاف السلاطين؛ لأنها من

أموال المسلمين.

وقد سأل السلطان العلماء في زمن العز بن عبد السلام عن الوقف في الخيرات من بيت المال فأفتوه بالمنع، وأجازه له العز بن عبد السلام وقال: إن السلطان له الخمس يصرفه حيث شاء.

وفي «عج» عن القرافي ما نصه: الملوك فقر أمه ينون بسبب ما جنوة على المسلمين من تصرفاتهم في أموال بيت المال بالهوىٰ في أبنية الدور العالية المزخرفة والمراكب النفيسة والأطعمة الطيبة و إعطاء الأصدقاء والمداح بالباطل من الأموال وغير ذلك من التصرفات المنهي عنها شرعا فهذه كلها ديون عليهم فتكثر مع تطاول الأيام فيتعذر بسببها أمران أحدها الأوقاف والتبرعات علىٰ مذهب مالك ومن واقفة فإن تبرعات المدين المتأخرة عن تقرر الدين عليه باطلة فيتخرج ذلك علىٰ هذا الخلاف ثانيها الإرث؛ لأنه لا ميراث مع الدين إجماعا فلا يورث عنهم شيء وما تركوه من المماليك لا ينفذ عتق الوارث فيهم بل هم أموال بيت المال مستحقون بسبب ما عليهم من الدين فلا ينفذ فيهم إلا عتق متولي بيت المال علىٰ الوجه الشرعي وأعتاقهم لغير مصلحة المسلمين لا يجوز.

قال سحنون: الأحوط تجنب معلوم أوقاف السلاطين لحق من هو أحوج وقد وقعت الفتوىٰ قديما بأنه لا يشترط في أخذه العمل بالموقوف عليه حيث كان من يأخذه مستحقا في بيت المال؛ لأنه في الحقيقة استحقاق من بيت المال، ومثل السلاطين الأمراء الذين من أطرافهم فأنهم نوابهم فما يقع من الملتزمين من التصرف في البلاد بغير المصالح باطل؛ لأنهم معزولون عن ذلك شرعا وبالجملة فقد اختلطت الأمور ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. اهـ من «حش».

• ص:

وإن منفعة.

• ش:

هذا مبالغة في قوله: (مملوك) يعني: أنه يصح وقف المملوك إن كان ذاتا بمنفعتها بل وإن كان منفعة فقط، فمن استأجر دارا مدة معلومة فله أن يرفق منفعتها

في تلك المدة وينقضي الوقف بانقضائها؛ لأنه لا يشترط فيه التقييد ويصح لمالك الذات أن يوقف منفعتها مدة كما «حش» ومن استأجر دارا مجسة مدة فله تحبيس المنفعة على مستحق آخر غير المستحق الأول في تلك المدة وأما المحبس عليه فليس له تحبيس المنفعة التي يستحقها؛ لأن الحبس لا يحبس كما تقدم وهذا غير الخلو الذي أشار له «الش» بقوله: ولو خلو وقف آخر؛ أي: أنه يصح وقف المملوك وإن منفعة ولو خلو وقف آخر.

واعلم أن الخلو يصور بصور:

الأولى منها: أن يكون الوقف أيلا للخراب فيكريه ناظر الوقف لمن يعمره بحيث يصير الحانوت مثلا يكري بثلاثين نصف فضة ويجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر فصارت المنفعة مشتركة بينها فما قابل الدراهم «المص» وفة من المنفعة هو الخلو فيتعلق به البيع والوقف والإرث والهبة ويقضي منه الدين وغير ذلك ولا يسوغ للناظر إخراجه من الحانوت ولو وقع عقد الإيجار على سنين معينة كتعين سنة ولكن شرط ذلك أن لا يكون ريع يعمر به.

الثانية: أن يكون لمسجد مثلا حوانيت موقوفة عليه واحتاج المسجد لتكميل أو عمارة ويكون الدكان يكري الشهر بثلاثين نصفا مثلا ولا يكون هناك ريع يكمل به المسجد أو يعمر به فيعمد الناظر إلى الساكن في الحوانيت فيأخذ منه قدرا من المال يعمر به المسجد ويجعل عليه خمسة عشر مثلا في كل شهر على أن منفعة الحانوت المذكورة شركة بين صاحب الخلو والناظر.

الثالثة: أن تكون أرضا محبة فيستأجرها شخص من الناظر ويبن فيها دار مثلا على أن عليه كل شهر لجهة الوقف ثلاثين نصفا قصة ولكن الدار تكري بسنين ونصف فضة مثلا فالمنفعة التي تقابل الثلاثين الأخرى يقال لها: خلو، وإذا شرك في البناء المذكور جماعة وأراد بعضهم بيع حصته في البناء فلشركائه الأخذ بالشفعة.

وإذا حصل خلل في البناء ففي الصورتين الأولين الإصلاح على الناظر وصاحب الخلو على قدر ما لكل وفي الأخيرة على صاحب الخلو وحده.

واعلم أن الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع ينتفع بنفسه فقط ولا يؤجر ولا يوهب ولا بعير ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه، والفرق بينهما أن مالك الانتفاع تقصد ذاته مع وصفه كإمام وخطيب ومدرس وقف عليه بالوصف المذكور، بخلاف مالك المنفعة فإنما يقصد به الانتفاع بالذات بأي منتفع كمستعير لم يمنع من أعارته ثم إن من ملك الانتفاع وأراد أن ينفع به غيره فإنه يسقط حقه منه ويأخذه الغير على أنه من أهله حيث كان من أهله والخلو من ملك المنفعة فلذلك يورث وليس للناظر أن يخرجها عنه وإن كانت الإجارة مشاهرة ولا الإجارة لغيره فلذلك قال «عج»: اعلم أن العرف عندنا بمصر أن الأحكار مستمرة للأبد وإن خصصوا تلك المدة والعرف عندنا كالشرط فمن احتكر أرضا مدة ومضت قبله فله أن يبقي وليس لمتولي أمر الأرض إخراجه، نعم إن حصل ما يدل على القصر على زمن الإجارة لا على إلا بدء فإنه يعمل بذلك نحو: أن مدة الاحتكار كذا وكذا. اهـ.

وانظر ما أورده «حش» على ما نقل عن «عج» من تأبيد الحكر ولو ذكرا أجل كسنتين سنة.

تنبيهات:

الأول: قد تقدم أن الخلو اسم للمنفعة التي جعلت جعل في مقابلتها الدراهم وهل يجوز وقفها أو لا؟ خلاف بين «عج» وغيره والحق مع غيره في القول بالجواز وأما وقف لأجرة فمتفق عليه بين «عج» وغيره.

والحاصل: أن تلك المنفعة بعضها موقوف وبعضها غير موقوف وهو المسمي بالخلو فيتعلق به الوقف، أما إن كان لذمي خلو في وقف لمسجد فإنه يمنع من وقفه على كنيسة مثلا قطعا بالعقل والنقل؛ أي: لأن الوقف الأصلي حامل لمنفعة الخلو ولا يصح أن يحمل المسجد للكنيسة والنقل النصوص الدالة على أن المطلوب إذلال الكفر وهذا ينافيه. انظر «حش».

وما أورده على ما سبق من أن وقف الأجرة متفق عليه والخلاف إنما هو في وقف المنفعة.

الثاني: الجدك المتعارة في حوانيت مصر ربما يقاس على الخلو في جواز وقفه.

فإن قيل: الخلو إنما هو في الوقف لمصلحة وهذا يكون في الملك.

يجاب: بأنه إذا صح في الوقف فالملك أولى فإن المالك يفعل في ملكه ما يشاء نعم بعض الجدكات بناء أو إصلاح أخشاب في الحانوت مثلا بإذن وهذا قياسه على الخلو ظاهر خصوصا وقد استندوا في تأبيد الحكر للعرف والعرف حاصل في الجدك وبعض الجدكات وضع أمور مستقلة في المكان غير مسمرة فيه كما يقع في الحمامات وحوانيت القهوة بمصر فهذه بعيدة عن الخلوات فالظاهر أن للمالك إخراجها.

الثالث، أفتي بعضهم بإبطال وقف الخلو فعورض بفتوى الشيخ أحمد السنهوري وبفتوى الناصر اللقاني بجواز بيعه وارثه فرع عن فتواه المذكورة وهذه الفتوى التي رجع عنها كان تبع فيها «عج».

وحاصل كلامه: أن منفعة الوقف وقف فلو صح وقف الخلو لزم وقف الوقف أيضًا، وشرط الشيمي المحبس أن لا يتعلق بعه حق للغير، وجوابه أن الوقف والحق بالمنفعة الأصلية والوقف الثاني للخلو الذي حصل بالتعمير مثلا فقد اختلف المحل.

قال «عج»: ولا يلزم من ملك منفعة الخلو وقفها فإن المالك قد يمنع من فعل بعض التصرفات لمانع كمنع وقف من ملك عبدا على مرض بقصد الضرر ومنع مالك آلة الحرب من بيعها لحربي وقاطع طريق ومنع مالك عبد مسلم من بيعه لكافر ولا شك أن تعلق الوقف بمنفعته يمنع وقفها لما بين من تعلق الحق به وقد علمت جوابه من اختلاف محل الوقفين والحقين، نعم يظهر كلام «عج» في الصورة الثانية من صور الخلو السابقة، فإن لم يحدث عمارة وإنما أخذ دراهم عمر بها المسجد وجعل الحانوت بخمسة عشر بعد أن كانت بثلاثين فصارت منفعة الوقف بعينه مشتركة بين صاحب الخلود والناظر فكيف يوقفها ثانيا. هذا مخلص ما نقله «حش» من حاشية الخَرَشي.

ولا مخالفة بين ما هنا وبين ما نقلناه لك سابقا عن «دص»؛ لأن المنع هناك محمول على غير صور الجواز التي ذكرها ها هنا وقد علمت خلاف «عج» فتأمل

المقام لعلك تحظى بنيل المرام بجاه النبي عليه أفضل الصلاة والسلام.

ثم عطف على المبالغ عليه قوله:

• ص:

أو مثليا كطعام للسلف.

• ش:

قوله: (كطعام) أدخل فيه بالكاف النقد ونحوه مما لا يعرف بعينه في المثليات.

يعني: أنه يصح وقف المملوك ذاتا أو منفعة إن كان غير مثلي كعقار وحيوان وثياب على المذهب بل وإن مثليا كطعام ونقد وقف للسلف على الأرجح؛ لأنه ينتفع به وترد عينه وينزل رد بدل ما انتفع به منزلة بقاء عينه، وأما إن وقف لا للسلف بل مع بقاء عينه فلا يجوز اتفاقًا إذلا منفعة شرعية تترتب على ذلك وبالغ على المثلي لرد الخلاف فيه فقد قال ابن الحاجب وابن شاس: لا يجوز وقف ذلك؛ لأن منفعته في استهلاكه والوقف إنما ينتفع به مع بقاء عينه.

والحاصل: أن الأقوال في وقف المثلي ثلاثة الجواز وهو المعتمد والكراهة والمنع وهو أضعفها.

قال «حش»: كتب السيد كان في قيسارية فأس ألف أوقية للسلف فكانوا يردونها نحاسا فأضمحلت وأما وقف قمح مثلا تزين به الحوانيت فباطل؛ لأنه ليس منفعة شرعية كوقف ما تزين به الأخشاب الموتى عند حملها فإنه بدعة. اهـ.

• ص:

أو عبدا على مرضا إلا أن يقصد الضرر ولا يطأ الأمة ككل من منفعته لغيره.

• ش:

قوله: (أو عبد) عطف على المبالغ عليه أيضًا وإنما بالغ على العبد وخصه بالذكر مع أنه داخل في المملوك الشامل للحيوان قبل المبالغة، إما لينبه على أنه لا فرق بين الحيوان الصامت والناطق وإما لدفع توهم عدم الجواز بسبب المشقة التي تلحق العبد بخدمة من المرضا، والمراد بالعبد ما يشمل الأمة بدليل قوله: (ولا يطأ الأمة... إلخ).

يعني: أنه يصح وقف المملوك من الحيوان وغيره ولو عبدا يوقف على المرضا لخدمتهم إلا أن يقصد السيد ضرر العبد بوقفه على المرضا فإنه لا يصح وقفه وأولى إذا كان الضرر حاصلا عند الوقف بالفعل ولو لم يقصده؛ لأن القصد إنما أوجب الفساد لتعلقه بالفعل ولو لم يقصده؛ لأن القصد نعم إذا لم يكن حاصلا حال الوقف ولا قصده ثم طرأ لا يعمل به والوقف صحيح كما في «حش».

ومثل العبد الأمة فيصح وقفها على المرضى الإناث ولا يطؤها السيد الواقف؛ لأن منفعتها صارت بوقفها للغير ولئلا تحمل فتصير أم ولد فتسقط عنها الخدمة.

وكذا كل أمة صارت منفعتها لغير السيد كالمستعارة والموصوفة فلا يجوز وطؤها.

ولما قدم من أركان الوقف الأربعة ركنين، الأول بطريق اللزوم وهو الواقف وشرطه أهلية التبرع لا مكرها أو مولي عليه لصغر ونحوه، والثاني تصريحا وهو الموقوف بقوله: (مملوك) وشرطه أن لا يتعلق به حق للغير فلا يصح وقف موهوب ومؤجر وعبد جاز حال تعلق حق الغير به، ذكر الثالث وهو الموقوف عليه بقوله:

● ص:

على أهل التملك كمن سيوجد.

● ش:

الجار متعلق بوقف من قوله: (صح وقف مملوك) أي: أنه يصح وقف الملوك على أهل التملك حقيقة كزيد أو الفقر أبل ولو حكما كمسجد ورباط وقنطرة.

وقوله: (كمن سيوجد) مثال للأهل أي: ولو كانت الأهلية ستوجد في المستقبل فيصح الوقف وتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاها ما لم يحصل مانع من الوجود كموت ويأس منه فترجع الغلة للمالك أو لورثته إن مات فعلم بذلك أن المحبس عليه هو ما جاز صرف منفعة الحبس له أو فيه. اهـ.

والأول الآدمي والثاني كالمسجد والقنطرة والموقوف عليه يوصف بأنه أهل التملك والواقف يوصف بأنه أهل التمليك والأهل بمعنى المستحق وهو شامل للعاقد وغيره والموجود والمعدوم والمسلم والكافر ومن سيوجد شامل للحمل وغيره.

● **ص:**

وذمي ولو لم تظهر قربة.

● **ش:**

قوله: (وذمي) عطف على مدخول الكاف إذ هو من أمثلة أهل التملك وليس معطوفا على أهل؛ لأن الذمي من أهل التملك والعطف يقتضي المغايرة؛ أي: وكذا يصح الوقف على الذمي قريبا كان أو أجنبيا؛ لأن الوقف عليه صدقة وفي الصدقة عليه. قاله «خ».

وكذا تصح الوصية للذمي والمراد بالذمي ماعدا الحربي فيدخل فيه ما كان تحت ذمتنا أعم من أن يكون له كتاب أو لا، وتصح الوقف على الذمي ولو لم تظهر في الوقف عليه قربة كالوقف على الغني منهم؛ لأن الوقف من باب العطائات والهبات لا من باب الصدقات؛ ولذا يصح الوقف على الغني والفقير. قاله «خ» أيضًا.

وعبر بقربة دون طاعة؛ لأن القربة لا يشترط فيها نية، بخلاف الطاعة وكلاها لابد فيه من معرفة المتقرب إليه والأظهر أن المبالغة راجعة لأصل الباب لا لخصوص الذمي والمنفي إنما هو ظهور القربة كما هو ظاهر العبارة، وإلا فأصل القربة حاصل في الوقف مطلقا؛ لأنه من باب الصدقات أو من باب التبرعات وكلاها حسن شرعا.

تنبيه:

قد عملت مما سبق عن «خ»: أنه تارة جعل الوقف من باب العطائات والهبات وتارة جعله من الصدقات وصوب بعضهم أنه من التبرعات؛ لأن الصدقات؛ ولذا صح ولو على الغني مسلما أو كافرا.

● **ص:**

أو اشترط أن يأخذ من الناظر ويصرف.

● **ش:**

عطف على قوله: (لم تظهر قربة) فهو في حيز المبالغة أي: أنه يصح الوقف ولو اشترط الواقف أنه يأخذ غلة الوقف من الناظر ويصرفها على المستحقين؛ لأن قبض الغلة لا يبطل حوز الوقف.

ومفهوم (يصرف): أنه لو اشترط أخذها من الناظر ليأكلها أنه لا يصح الشرط بل يلغي ويصح الوقف كما في «خ» و«دك».

قال «حش»: كتب شيخنا ما صورته: فرع: نقل الناصر اللقاني أنه يشترط في ناظر الوقف ما يشترط في الوصي. اهـ.

● **ص:**

ولزم بالصيغة وإنما يتم بحوز.

● **ش:**

يعني: أن الوقف يلزم الواقف بمجرد الصيغة الآتي بيانها كحبست ووقعت... إلخ، ما يأتي لكنه لا يتم للمستحق إلا بالحوز قبل حصول المانع للواقف ولا يكفي فيه الجد في الحوز قبل المانع، بخلاف الهبة فيكفي فيها الجد ولو لم يحصل حوز؛ لأنها خرجت عن ملكه بالمرة والصدقة مثلها، وأما الوقف فهو في ملك الواقف حكما فلذا لم يكف فيه الجد في الحوز.

وقولنا: ولا يكفي... إلخ، هو ما أشار إليه «الش» بقوله في شرح الرسالة: ولا يكفي فيه الجد في الحوز، بخلاف الهبة فإنها خرجت عن ملكه بالمرة. اهـ.

وقوله: في شرح؛ يعني: لسيدي أحمد النفراوي، وقوله في التعليل: فإنها خرجت... إلخ، ليس من كلام النفراوي بل هو زائد عليه متبسط مما ذكروه في وجه كفاية الجد في حوز الهبة وعدم كفايته في حوز الرهن.

والحاصل: أن صاحب الرسالة قال: ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث، فقال النفراوي: ظاهر كلامه بطلان الهبة وما معها بمجرد الموت ولوجد الموهوب له في حوزها وهو قول ضعيف والمذهب ما عليه العلامة خليل من أنه إن جد وسارع في حوزها فمات لم تبطل ثم ساق عبارة العلامة خليل بلفظها فلم يتعقب صاحب الرسالة إلا في الهبة وأقره في الحبس وهذا الإقرار هو الذي عناه شراحنا بالنقل عنه حيث قال في شرح الرسالة... إلخ، وأما الصدقة فأخت الهبة. هذا ملخص ما في «حش».

وقول «المص»: (ولزم بالصيغة) قال ابن الحاجب: ولو قال: ولي الخيار، وبحث

فيه ابن عبد السلام بأنه ينبغي أن يوفي له شرطه كما قالوا: إنه يوفي له إن اشترط أنه تسور عليه قاض رجع له وأن من احتاج من المحبس عليه باع ونحو ذلك. أفاده «حش».

● ص:

بعدم إحاطة الدين والموت والمرض والجنون.

● ش:

هذا بيان لموانع حوز الوقف وتمامه فلابد في صحة الحوز وتمام الوقف من انتفاء هذه الموانع.

والباء في قوله: (بعدم إحاطة الدين) بمعنى مع التي للمصاحبة.

يعني: أن الوقف إنما يتم بالحوز المصاحب لعدم أحاطه الدين بمال الواقف ولعدم موته وجنونه ومرضه المتصلين بموته فإذا حصل الحوز قبل شيء من هذه الموانع تم الوقف ولا كلام لأحد وإن لم يجزه الموقوف عليه ولو سفيها أو صغيرًا أو وليه حتى حصل للواقف أحاطه دين أو موت أو مرض أو جنون اتصلا بموته لم يتم الوقف ورجع الموقوف للغرماء في الأول وللوارث في الثلاثة بعده فإن أجازه الغرماء أو الورثة مضي وهذا كله إذا حبس في صحته وأما إذا حبس في مرضه فسيأتي أنه كالوصية يخرج من الثلث إن كان لغير وارث.

● ص:

ولو بعد طُرُوِّها.

● ش:

هذه مبالغة في تمام الوقف بالحوز مع عدم شيء من هذه الموانع وضمير طُرُوِّها عائد على ثلاثة من الأربعة السابقة وهي أحاطه الدين والمرض والجنون، وأما الموت فلا يصح الحوز بعد طُرُوِّه وإن طرأ لا يزول عادة.

يعني: أن الوقف إنما يتم يجوز مع عدم الموانع الثلاثة في ذلك ولو حصل الحوز بعد طُرُوِّها أي: حدوثها على الواقف ثم زالت عنه فيصح الوقف في هذه الحالة فإذا حبس الرجل شيئًا ثم طرأ عليه مرض أو جنون أو إحاطة دين فحازه

الموقوف عليه بعد طُرُوّ هذه المذكورات واستمر حائزا له حتى زالت فإنه يصح الحوز؛ لأنه صدق عليه أنه حازه مع عدم المانع، فإن لم تزل لم يصح حوزه.

• **ص:**

وإن صدر في مرض الموت فمن الثلث بلا شرط حوز كبقية التبرعات.

• **ش:**

يعني: أنه إذا صدر الوقف من الواقف في مرض موته وكان لغير وارث فإنه ينفذ الوقف من الثلث بلا شرط حوز كبقية التبرعات من هبة وصدقة ووصية، فإنها تخرج من الثلث بلا شرط حوز كما في الرسالة وغيرها فإن كان الوقف على وارث بطل ولو حمله الثلث؛ لأنه كالوصية ولا وصية لوارث إلا أن تجيزه له بقية الورثة كما يأتي.

وللواقف في المرض الرجوع في وقفه؛ لأنه كالوصية، بخلاف من حبس في صحته عثر عليه قبل المانع فليس له الرجوع فيه ويجبر على التحويز إلا إذا شرط لنفسه الرجوع أو البيع إن احتاج فله ذلك.

• **ص:**

ولا يضر عود كالكتاب وتغييره بالكراسي حوز فإن حيز بعضه تم وما لم يحز ملك.

• **ش:**

أدخلت الكاف الخيل والسلاح كما في «الش» ومثل ذلك الفأس والقادوم ودابة الحمل أو ركوب ونحو ذلك مما لا غلة له.

يعني: أنه إذا وقف كتابا أو خيلا أو سلاحا أو نحو ذلك مما لا غلة له وحازه الموقوف عليه ثم عاد الكتاب ونحوه للواقف قبل عام أو بعده فإنه لا يضر في الحوز عوده له ولو للانتفاع به كما في «بن» ردا على الرماصي وأولى إذا عاد إليه بإيداع أو إعارة ونحو ذلك فحصول المانع بعد الحوز لا يضر ويغير الكتاب بالكراس للموقوف عليه حوز له كان فإن حيز البعض من الكتاب ونحوه دون البعض فالبعض الذي حيز قبل المانع يتم فيه الوقف والبعض الذي لم يحز قبل

المانع ملك للواقف ترثه ورثته وتقضي منه ديونه ولا يتبع الأقل للأكثر.

«الش» شيخنا: ويثبت الوقف بالكتابة على الكتاب إن قيد بمحل مشهور أو وجد فيه وإلا فلا لكنه عيب يرد به؛ أي: لأن النفوس تكرهه لاحتمال صدقة فلذا يجب التفتيش عنه.

ومعنى تقييده بمحل مشهور: أن يكتب عليه: هذا وقف على طلبة العلم بالأزهر مثلا.

وقوله: (أو وجد فيه) أي: في ذلك المحل المشهور.

وبعبارة: من وقف كتابا على طلبة العلم وحيز عنه ثم عاد الكتاب إلى واقفه لينتفع به كغيرة أو ليحفظه فإن عوده له لا يضر في الحوز؛ لأنه ما عاد إليه إلا بعد صحة الحوز فإن حيز بعضه ثم وما لم يجز ملك.

ونص اللخمي على أن الكتب تحبس ليقرأ فيها حكم الخيل تحبس ليغزوا عليها والسلاح ليقابل بها وفي المدونة من حبس في صحته ما لا غلة له مثل السلاح والرقيق والخيل وشبه ذلك فلم ينقذها ولا أخرجها من يده حتى مات فهي ميراث وإن كان يخرجه في وجهه ويرجع إليه فهو ناقد من رأس ماله؛ لأنه خرج في وجهه وإن أخرج بعضه فما أخرج فهو ناقد وما لم يخرج فهو ميراث. انتهى.

وأما ماله غلة كربع وحائط وحانوت يحبسه في صحته فكان يكريه ويفرق غلته على مستحقيه كل عام مثلا ولم يخرجه من يده قبل المانع كالموت حتى حصل المانع بطل وقفه لعدم الحوز وأما ما حبسه في المرض أو أوصي به للمساكين أو جعله صدقة لهم ولم يخرجه من يده حتى مات فإنه ينفذ من الثلث إن كان لغير وارث كما تقدم.

● ص:

وبطل على معصية كعلى حربي أو كنيسة وإن من كافر.

● ش:

يعني: أنه يبطل الوقف على معصية من معاصي الله تعالى كالوقف على حربي وكجعل غلة الوقف في ثمن خمرا أو حشيشة أو لسلاح لقتال غير جائز وكالوقف

على كنيسة من كنائس الكفار سواء كان لعبادها أو لمدرستها ولو كان الوقف عليها من كافر؛ لأن المذهب خطابهم بفروع الشريعة وإن كنا لا نتعرض لهم فوقفهم على كنائسهم باطل.

وبعبارة: الوقف على المعصية باطل كالوقف على شربة الخمر وأكلة الحشيش.

قال الباجي: لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده؛ لأنها معصية كما لو صرفه لأهل السفه. اهـ.

ويدخل في الوقف على المعصية وقف الكافر على الكنيسة لخطابهم بفروع الشريعة على المذهب.

وفي السماع: أن وقفهم على كنائسهم باطل، لكن قال عياض في شرح مسلم: أن للحاكم أن لا ينفذ وقفهم سواء أشهدوا على ذلك أم لا بأن من تحت أيديهم أم لا، ولهم الرجوع فيه إذا أسلموا، وهذا بخلاف العتق إذا بان المعتق عنه ثم أسلموا فلا رجوع، ذكروه عند نبش قبور الكفار حين نبشها عليه الصلاة والسلام حين بناء مسجده فليراجع. اهـ من «خ».

ثم إن الوقف إذا بطل رجع ملكا لربه فيورث عنه وتقضي منه ديونه ولا يرجع مراجع الأحباس.

وقوله: (كعلى حربي) مثال للوقف على المعصية فيحرم الوقف عليه وكذا الصدقة والوصية له؛ لأن ذلك أعانه له على حربه، بخلاف الذمي فلا يحرم الوقف عليه ولا الصدقة والوصية له والمراد بالحربي من كان بدار الحرب كان متصديا للحرب أم لا.

ومفهوم قوله: (على معصية): أنه يصح الوقف على المكروه ولو اتفق على كراهته كالوقف على من يصلي ركعتين بعد العصر أو على من يعمل في ذكر يلزمه رفع الصوت في المسجد ومن هذا القبيل بسط المسجد ولابد في الوقف من أصل القربة كهذه الأمثلة وإن لم تظهر كما سبق فلا يصح الوقف على شرب الدخان وإن قيل بجوازه فيما يظهر، وقال بعض أهل العلم في المتفق على كراهته: يجعل في جهة قريبة من الجهة التي وقف عليها. أفاده «حش».

فرعان:

الأول: إذا أوصى كافر بجميع ماله للكنيسة فإنه يعطي لهم الثلث والباقي للمسلمين.

الثاني: إذا طلبت كنيسة من الكفار فرواتب الكنيسة لمن جسها إن وجدوا وإلا فبيت المال ويجوز جعلها مسجد أو يصرف عليه منه. أفاده «حش» أيضًا.

● **ص:**

ومنه على كمسجد لا كقنطرة على الظاهر.

● **ش:**

ضمير منه للكافر أي: وبطل الوقف من كافر على مسجد ورباط ونحو ذلك من أمور الدين العامة ولو كان الكافر ذميا ولذلك رد مالك دينار النصرانية عليها حين بعثت به إلى الكعبة، وأما وقف الكافر في منفعة عامة دينوية كبناء القناطر فلا يبطل على الظاهر.

● **ص:**

وكره على بنيه دون بناته واعطاؤهم ماله بغير قسمة الارث.

● **ش:**

يعني: أنه يكره للشخص الوقف على بنيه الذكور دون بناته الإناث على أقرب الأقوال في المسألة وقيل يبطل الوقف؛ لأنه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من إرث أبيهن وهو ما مشي عليه الأصل وقيل بالجواز وأما لو وقف على الذكور ومن بعدهم على الإناث ففي الجواز والمنع تردد للشيوخ وأفتي بعضهم بالمنع وإما إذا وقف على بني بنيه دون بنات بنيه فتصح ولا يكره كما لو وقف على بناته دون بنيه.

قال «خ»: فلو وقفه على بناته دون نبيه صح فلو وقف على الجميع وشرط أن من تزوجت من البنات لا حق لها في الوقت وتخرج منه فإنه يكون باطلا. اهـ.

والظاهر أن هذا مبني على القول ببطلان الوقف على بنيه دون بناته.

وكذا يكره للشخص أن يعطي ماله لورثته في حياته بغير قسمة الإرث الشرعية

كان يسوي بين الذكر والأنثى أما إذا قسمه بينهم على قدر مواريثهم الشرعية فيجوز.

وكذا يكره للرجل أن يهب لبعض ولدا ماله كله. كما في «خ».

تنبيه:

علم مما تقرر أن كلام «المص» في بنيه وبناته لصلبة لا فيما يعم بين البنين وبنات البنات وبنات الأبناء فلا يكره وقفه على بني بنيه دون بنات بناته أو بنات أبنائه.

● ص:

وأبطل الحوز عوده لسكنى الدار قبل عام أو بعده إن وقف لمحجوره إلا أن يشهد بالوقف وبإخلاء الدار ويصرف الغلة للمحجور فلا يضر حوزه.

● ش:

(الحوز) مفعول مقدم وعوده فاعل مؤخر وضمير عوده للواقف.

يعني: أن من وقف داره على شخص فحازها الموقوف له قبل المانع ثم عاد الواقف لسكني الدار قبل مضي عام من يوم الحيازة فإن عوده لسكناها قبل العام يبطل حوزها مطلقًا كان الوقف على محجورة أو على غيره عاد إليها بعوض كالإجارة أو بغيره ما لم تجز عنه ثانيا قبل المانع وإلا لم يبطل.

وأما إذا عاد إليها بعد مضي عام وحصل له مانع فإن كان الوقف على غير محجوره فلا يبطل الحوز بعوده لها بعد العام؛ لأنه المدة التي يقع بها اشتهار الوقف غالبا وهذا، بخلاف الرهن إذا عاد للراهن فإنه يبطل بالمانع ولو طالت حيازة المرتهن له؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] وإن كان الوقف على محجوره لصغر أو سفه فإنه يبطل الحوز بالعود لسكناها بعد عام الآن يشهد الولي بالوقف وباخلاء الدار من شواغله حيث كانت مسكنه ويصرف الغلة للمحجور في مصالحه فلا يضر حينئذ حوزه للمحجور فلا يشترط في الوقف على المحجور الحوز الحسي بل يكفي الحكمي من الأب أو الوصي أو المقام من حاكم فيصح الوقف إذا استمر تحت يده حتى حصل له مانع من الموانع السابقة ولا يشترط أن

يقول الولي: رفعت يد الملك ووضعت يد الحوز.

وقوله: (إلا أن يشهد بالوقف) يعلم منه أنه لا يشترط الإشهاد على الحوز له وهو كذلك وقولنا حيث كانت مسكنه احترازًا مما إذا لم تكن دارا سكناه فإنه لا يشترط الإشهاد على الإخلاء بل يكفي الإشهاد على الوقف وعلى حرف الغلة في مصالح المحجور فإن سكن الواقف النصف بطل فقط إن حصل له مانع وصح التصف الذي أخلاه وإن سكن الأكثر بطل الجميع وحيازة الأم ما حبسته على ولدها الصغير لا تعتبر إلا إذا كانت وصية أما لو حاز الغصير أو السفيه لنفسه فإنها تصح حيازته ولا يبطل الحبس بالمانع بعد حوزه كما يأتي لـ«المص» قريبا ولا يجوز الأب لولده الكبير إن كان رشيد. كما في «خ».

وقوله: (ويصرف الغلة) أي: كلها أو جلها قياسا على الهبة وإلا بطل الوقف انظر «حش».

وقوله: (وأبطل الحوز عوده لسكني الدار) أي: إذا استمر ساكنا لها حتى حصل المانع وإلا فلا يبطل إذا حازها ثانيا ولا مفهوم للسكني ولا للدار إذا الانتفاع بما حبسه بغير السكني كذلك فمثل السكني غيرها ومثل الدار غيرها من حانوت وحمام ونحو ذلك مما له غلة وأما ما لا غلة له كالكتاب فقد سبق.

والحاصل: أنه إذا عاد لما حبسه قبل العام مطلقًا كان الوقف على المحجور أو على غيره وأما بعد العام فإن كان على غير المحجور لم يبطل وإن كان على المحجور بطل إلا بالشروط السابقة فلا يبطل ولو مات فيها وهذا قول ابن القاسم وعبد الملك وبه العمل، وقال ابن رشد: إذا عاد لما حبس على محجوره ولو بعد أعوام بطل وليس العمل على طريقة ابن رشد هذه.

قال سيدي أحمد الزواوي:

رجوع واقف على ما وقفا ... بعد مضي سنة قد خففا
على صبي كان أو ذي رشد ... واعترضت طريقة ابن رشد

قال بعضهم: ومحل الخلاف إذا عاد إليها بالكراء، أما إذا عاد إليها بأرفاق فإنه يبطل الوقف باتفاق.

● ص:

وحوز كالمسجد تمكين الناس.

● ش:

يعني: أن الحوز الذي يتم به الوقف في كمسجد وقنطرة ومدرسة ورباط وبئر هو تمكين الناس مما ذكر فإذا استمر الواقف على وضع اليد على ما ذكر ولم يمكن الناس منه حتى حصل له مانع من موت أو مرض أو جنون أو أحاطه دين بطل الوقف لعدم الحوز.

● ص:

وصح حوز المحجور لنفسه.

● ش:

يعني: أن من وقف شيئًا على محجور عليه لصغر أو سفه فحازه المحجور لنفسه فإن حوزه لنفسه صحيح يتم به الوقف ولو كان المحجور حبيسا ميز ولكن الأولى أنه يجوز له الولي أو غيره بأذنه ويصح حوز المحجور لنفسه ولو فيما وقفه عليه وليه.

● ص:

وجهل سبق الدين يبطل الوقف على المحجور.

● ش:

يعني: أن جهل سبق الدين على الوقف يبطل الوقف على المحجور لضعف الحوز وهذا إذا حازه له الولي وكان هو الواقف فإن حازه له أجنبي لم يبطل إلا بتحقق سبق الدين.

وبعبارة: من وقف شيئًا على محجوره وعلى الواقف دين ولم يعلم هل الدين قبل الوقف أو بعده فإن الوقف يكون باطلا ويباع للدين تقديما للواجب على التبرع لضعف الحوز؛ لأنهم يقولون قد ضرناه بحوز أبينا له؛ ولذا لو حازه للمحجور أجنبي بأذن الأب في صحته لصح الوقف كالولد الكبير أو الأجنبي بحوز لنفسه في صحة الواقف فلا يبطل بجهل السبق بل بتحققه وأما لو حاز المحجور من صغير أو سفيه لنفسه

فهل يعتبر حوزه فلا يبطل الوقف بجهل السبق وهو ظاهر كلام «المص» المتقدم.

● ص:

ويطل على نفسه وإن شاركه غيره فلكل حكمه.

● ش:

يعني: أن الشخص إذا وقف على نفسه فإن وقفه يكنو باطلا قطعا لتحجيره على نفسه وعلى وارثه بعد موته فإن شاركه غيره في الوقفية كوقفة على نفسه وعلى فلان فلكل حكمه فالحصة التي وقفها على نفسه وقفها باطل والتي وقفها على فلان يصح وقفها ويتم إن حاز قبل المانع وإلا فلا على حكم مسائل الباب وقولهم: إن الصفقة إن أجمعت حلالا وحراما لفسد كلها خاص بالمعاوضات المالية كالبيع؛ لأنه يشدد فيها، ألا ترى أنه يضر فيها الجهل ولعدم الضرر في فسخها لأخذ كل عوضة، بخلاف التبرعات فضرر على المتبرع عليه و إذا وقف على نفسه ثم على عقبه فإنه يرجع بعد موته حبسا للورثة إن حازوا قبل المانع، ولما ذكر «المص» أن الوقف على نفسه باطل وإن شاركه غيره فلكل حكمه. قال «الش»: ومن هنا مقطوع الأول والآخر والوسط. اهـ.

و(أل) في قوله: والوسط للجنس، والمراد بالوسط ما قابل الطرفين؛ لأنه قد يتعدد الوسط مثال الانقطاع في الثلاث أن يقول: وقف على نفسي ثم على الكنيسة والمسجد ثم على الحربين فالوقف على نفسه مقطوع أي: باطل، وكذا الآخر وهو وقفه على الحربين وانقطاع الوسط ولو باعتبار بعضه فالوقف على الكنيسة مقطوع دون المسجد.

واعلم أن الأقسام سبعة في العطف بثم؛ لأنه إما مقطوع الأول فقط أو الثاني فقط أو الثالث فقط أو مقطوع اثنين من الثلاثة أو مقطوع الثلاثة. هذا إيضاح «الش» و«حش».

تنبيه:

إذا حكم بالوقف على نفسه حاكم يري ذلك مضي كاشتراط النظر لنفسه أفاده «حش».

ثم عطف على الجار والمجرور السابق وهو قوله: (على نفسه) فقال:

• **ص:**

وبشرط النظر له إلا أن يخرج.

• **ش:**

أي: وكذا يبطل الوقف بشرط الواقف أن النظر في الوقف له للتحريج أي: التحجر إلا أن يخرج الوقف من تحت يه قبل المانع فلا يبطل فيجبره الحاكم على جعل النظر لغيره إذا عثر على ذلك قبل المانع ثم محل بطلان الوقف بشرط النظر له ما لم يكن وقفه على محجوره وإلا فالنظر له والشرط مؤكد كما في «حش» عن السيد.

ثم عطف على ما سبق قوله:

• **ص:**

وعلى الوارث بمرض الموت.

• **ش:**

أي: وكذا يبطل الوقف على الوارث بمرض الموت حمله الثلث أو لا؛ لأنه كالوصية ولا وصية لوارث إلا أن يجيزه له بقية الورثة.

وبعبارة: الوقف على الوارث في مرض الموت باطل ولو حمله الثلث؛ لأنه وصية وقف على بعض الورثة أو على جميعهم والوصية للوارث باطلة فإن صح الواقف بعد ذلك ثم مات صح الوقف كما لو وقف في صحته.

ثم استثني من بطلان وقف المريض على وارثه في مرض موته مسألة تعرف بمسألة أولاد الأعيان، وحاصلها أنها استحسان دائر بين الإرث والوقف وهي من حسان المسائل قل من ينتبه لها فقال:

• **ص:**

إلا مسألة أولاد الأعيان على أولادي وأولاد أولادي وذريتهم فمن الثلث يقسم على عدد الفريقين ثم ما ناب أولاد الأولاد حبس وما ناب الأولاد إرث لجميع الورثة ولو شرط خلافه.

• ش:

يعني: أن وقف المريض في مرض الموت على ورثته باطل إلا في مسألة أولاد الأعيان فلا يبطل سواء كان للوقف علة أو لا على المذهب.

ومسألة أولاد الأعيان هي أن يقول: هذه الدار مثلا وقف على أولادي وأولاد أولادي وذريتهم فإذا قال ذلك صح الوقف وأخرج من ثلثه بعد موته.

ثم يقسم على عدد رءوس الفريقين ذكورا وإناثا ثم بعد القسم فما تاب أولاد الأولاد حبس يستوي فيه الذكر والأنثى إلا لشرط تفضيل لأحد النوعين على الآخر فيعمل به وما ناب الأولاد أي: أولاد الصلب وهم أولاد الأعيان يكون إرثا لجميع الورثة معهم أي: مع الأولاد فيقسم بين جميع الورثة على قسمة المواريث.

ولو شرط الواقف خلافه وعلم بذلك أنه يدخل مع أولاد الصلب جميع الورثة وإن لم يوقف عليهم مثال ذلك أن يكون له ثلاثة أولاد لصلب وهم أولاد الأعيان وله أربعة أولاد أولاد وله أم وزوجة فيقول في مرض موته هذا وقف على أولادي وأولاد أولادي وذريتهم فيخرج بعد موته الموقوف من الثلث.

ثم يقسم على عدد الفريقين ذكورا وإناثا ولا يدخل في ذلك الأم والزوجة فيندب أولاد الأعيان ثلاثة أسهم من سبعة عدد روس الفريقين وينوب أولاد الأولاد أربعة أسهم من سبعة فالأربعة التي لأولاد إلا ولا حبس عليهم يستوي فيه الذكر والأنثى إلا لشرط تفاضل والثلاثة التي لأولاد الأعيان تقسم عليهم وعلى بقية الورثة على القسمة الشرعية فللذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو شرط الواقف خلاف ذلك؛ لأن شرطه لا يعتبر فيما لأولاد الأعيان ويدمغهم فيها من له سهم من الورثة كالزوجة والأم ولكون الوقف معقبا لم يبطل ما ناب الأولاد لتعلق حق غيرهم به ولكونهم لا يصح الوقف عليهم في المرض شاركهم غيرهم من الورثة.

وحاصل قسمة المسألة على طريقة الفرضيين: أن الوقف في الفرض المذكور يقسم ابتداء على سبعة عدد أولاد الأعيان وأولاد الأولاد ثم تقسم الثلاثة التي لأولاد الأعيان على جميع الورثة مع الأولاد على قسمة المواريث فيكون للذكر مثل

حظ الأنثيين وتدخل فيها الأم والزوجة فللام منها السدس ومخرجه من ستة وللزوجة الثمن ومخرجه من ثمانية وبين المخرجين توافق بالإنصاف فيضرب نصف أحدها في كامل الآخر بأربعة وعشرين للأم سدسها أربعة وللزوجة ثمنها ثلاثة تبقي سبعة عشر لا تقسم على رءوس ولد الأعيان الثلاثة وتباين فتضرب الرءوس الثلاثة المنكسر عليها سهامها في الأربعة وعشرين باثنين وسبعين ثم يقال: من له شيء في أصل المسألة أخذه مضروبا في ثلاثة فللأم أربعة في ثلاثة باثني عشر وللزوجة ثلاثة في ثلاثة بتسعة ولأولاد الأعيان سبعة عشر في ثلاثة بواحد وخمسين لكل واحد سبعة عشر.

وقوله: (على أولادي... إلخ) استئناف بياني واقع في جواب سؤال مقدر فكأن قائلا قال له: وما مسألة أولاد الأعيان؟ فقال: على أولادي... إلخ.

وقوله: (وذريتهم) هو معنى التعقيب في الأصل فلو لم يعقبهم بأن قال: على أولادي وأولاد أولادي بطل الوقف على الأولاد وصح على أولاد الأولاد فالتعقب شرط في هذه المسألة كالخروج من الثلث فإن حمل الثلث بعضه جري على ما يأتي.

وقوله: (على عدد الفريقين) أي: سواء كانوا ذكورا فقط أو أناثا فقط وبعضهم ذكورا وبعضهم إناثا.

وقوله: (لجميع الورثة) أي: يقسم بينهم كالميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ميراثا حقيقيا فلا يتصرفون فيه تصرف الملك من بيع وهبة ونحو ذلك لأنه بأيديه وقف لا ملك كما في «دك» و«خ».

• ص:

ونقض القسم بموت أحد الفريقين.

• ش:

يعني: أنه إذا مات أحد الفريقين وهما أولاد الأعيان وأولاد الأولاد فإنه ينقض القسم المتقدم ففي المثال السابق إذا مات واحد من الأولاد الأعيان فالقسمة من ستة لأولاد الأعيان سهمان للأم فيهما السدس وللزوجة الثمن والباقي يقسم على

ثلاثة الاثنين الباقين من أولاد الأعيان وأخيها الميت فإنه يقدر حياته ولكن نصيبه لورثته مقصوصا على الفرائض فإذا كانت زوجة الواقف المذكورة أمه كان لها السدس لحجبها عن الثلث بتعدد الأخ ولا شيء منه لام الواقف؛ لأنها جدته وقد حجبت بأمه وإن كانت الزوجة ليست بأمه كان لأمه الواقف السدس منه؛ لأنها جدته وإن كان أولاد الأولاد الأولاد أبنا له كان لهم الباقي وإن كان أبناؤه بعضهم اختص به وإن كانوا كلهم أبناء أخيه اختص به أخواه الباقيان.

وكذا لو مات اثنان من ولد الأعيان فتكون القسمة من خمسة لولد الأعيان سهم يفعل فيه ما سبق فلو مات الثلاثة رجع الوقف جميعه لأولاد الأولاد مع ما بيد الزوجة والأم؛ لأن أخذها إنما كان بالتبع لأولاد الأعيان، كما يأتي.

وإذا مات من الأولاد الأولاد كانت القسمة من سنة لأولاد الأولاد ثلاثة ولأولاد الأعيان ثلاثة للام سدسها وللزوجة ثمنها ولو مات اثنان فالقسمة من خمسة لأولاد الأعيان ثلاثة وللأم والزوجة منها ما سبق ولو ماتوا كلهم رجع الوقف كله لأولاد الأعيان والقسمة من ثلاثة للأم سدسها وللزوجة ثمنها فلو مات السبع رجع مراجع الأحباس لا قرب فقرا عصبة المحبس، كما يأتي.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

● **ص:**

أو ولادته.

● **ش:**

عطف على موت أحدها أي: ونقض القسم أيضًا بولادة أحد الفريقين وولادة مصدر مضاف للفاعل وهو الضمير العائد على أحد الفريقين السابق.

يعني: أنه إذا حدث لواحد من الفريقين ولد أو أكثر فإنه ينقض القسم المذكور بحدوثه فإذا حدث لأحدها ولد صارت المقسمة من ثمانية واثنان فمن تسعة وهكذا ومن أجل أن القسم ينقض بموت أحد الفريقين أو ولادته لا يتصرف أحد فيما بيده ببيع أو غيره وإنما هو انتفاع فقط وهذا معنى قول «الش» فمن ثم لا يتصرف أحد فيما بيده وإنما هو انتفاع.

● ص:

لا بموت أحد الورثة غيرها فنصيبه إرث عنه.

● ش:

قوله: (غيرها) أي: غير الفريقين؛ يعني: أنه إذا مات أحد الورثة غير أولاد الأعيان وأولاد الأولاد كالزوجة والأم في المثال السابق فإنه لا ينقض القسم بموته ونصيبه إرث عنه ولو لبيت المال مادام من أولاد الأعيان أحد فإذا ماتت أم الواقف أو زوجته فلا تنقض القسمة ونصيب من ماتت منها لورثتها وقفا، فإن لم يكن لها وارث فبيت المال فإذا انقرضت أولاد الأعيان رجع لأولاد الأولاد وعلم من جميع ما تقدم أن الطبقة العليا وهي أولاد الأعيان لا تحجب الطبقة السفلي لا من نفسها ولا من غيرها وإن الأم والزوجة في المثال قد يعتريها النقص والزيادة باعتبار الموت والولادة وقد يسقطان وذلك عند انقراض أولاد الأعيان وكذا وارثها ولو بيت المال يسقط عند انقراض أولاد الأعيان.

● ص:

فإن انقرض الأولاد رجع الكل لأولاد الأولاد.

● ش:

يعني: أنه إذا انقرض أولاد الأعيان جميعا فإنه يرجع كل الوقف لأولاد الأولاد ثم إذا انقرض أولاد الأولاد ورجع الوقف مراجع الأحباس كما مر وتقدم أنه إذا مات أولاد الأولاد وجميعا قبل أولاد الأعيان يرجع الوقف لأولاد الأعيان.

ثم أشار للركن الرابع وهو الصيغة مطلقًا له بصح أول الباب فقال:

● ص:

بحبست ووقفت.

● ش:

حبست بالتشديد وقد يخفق والواو بمعنى أو؛ لأن أحد اللفظين على انفراده كاف وإنما دخلت الباء على الفعل؛ لأن المقصود اللفظ أي: يصح الوقف بهذا اللفظ أو هي داخلة على محذوف أي: يصح بقوله: حبست.

يعني: أنه يصح الوقف ويتأبد بقوله: حبست أو وقفت وما يقوم مقام الصيغة كالصيغة كما لو بني مسجدا وخلي بينه وبين الناس ولم يخص قوما دون آخرين ولا فرضا دون ثقل ويثبت الوقف بالإشاعة بشروطها بأن تقول البينة لم نزل سمع أن المحل الفلاني وقف على كذا بشرط طول المدة وتعيين المحل ولا يشترط معرفة الموقوف على مدارس مشهورة وأما إن كتب عليها وقف لله ولم يقل على جهة كذا ولم يعلم من وقفها فلا يثبت وقفها بذلك لكنه عيب يرد به المشتري ويثبت الوقف أيضًا بالكتابة على أبواب المدارس والربط وعلى الأشجار القديمة وعلى الحيوان. أفاده «خ» وغيره.

وقال «دك»: ويثبت الوقف بالبينة وبالإشاعة بين الناس وبالكتابة على أبواب المدارس والرباط والحيوان وعلى كتب العلم من مدرسة بها كتب مشهورة لا كتاب لم يشتهر كونه من محل مشهور. اهـ.

● ص:

وتصدقت بقرينة كذكر العقب وإلا فهو تمليك له وفرق ثمنه إن كان على مساكين بالاجتهاد.

● ش:

قوله: (بقرينة) قيد في تصدقت فقط لا فيه وفيما قبله فأولى إدخال الكاف على تصدقت بأن يقول: كتصدقت ليرجع القيد لما بعد الكاف فقط، وأما الصيغتان قبله فلا يفتقران لقيد خلافًا لبعضهم.

والباء في (بقرينة) بمعنى مع.

وقوله: (كذكر العقب) تمثيل للقرينة؛ لأن ذكر العقب قرينة على الوقف كصدقة عليه وعلى عقبه، ومن القرينة: هو صدقة لا يباع ولا يوجب.

وقوله: (وإلا) مفهوم قوله: (بقرينة) أي: وإلا توجد قرينة مع تصدقت فهو تمليك للمتصدق عليه لا وقف.

والمعنى: أن الوقف يصح بلفظ تصدقت بشرط أن تكون معه قرينة دالة على الوقفية كان يقول لا يباع ولا يوهب وكان يذكر العقب نحو تصدقت به على فلان

وعلى عقبه، فإن لم يأتِ معه بقرينة فهو تمليك له فإن كان المتصدق عليه غير معنى كالفقراء والمساكين أو طلبة العلم أو المساجد فإنه يباع ويفرق ثمنه على ما ذكر بالاجتهاد.

والحاصل: أنه متي خلي لفظ تصدقت عن القرينة فإنه يكون تمليكا للمتصدق عليه لكن إن كان معينا أخذه يتصرف فيه كيف شاء وإن كان غير معين كالفقراء أو المساكين بيع وفرق ثمنه عليهم بالاجتهاد من الحاكم أو غيره ممن له ولاية ذلك.

● ص:

وإن وقف على كمسجد فتعذر فيه نقل لمثله وإن رجي انتظر.

● ش:

يعني: أن من وقف شيئًا على منفعة عامة كمسجد وقنطرة ومدرسة ونحو ذلك فيعذر صرف الوقف فيه لخراب ونحوه فإن الوقف ينقل لمثل ما وقف عليه أولًا كمسجد آخر بدل الأول، وكذا ينقل التدريس أو القرآن الذي رتب في الأول لهذا الثاني، فإن لم تمكن المماثلة حقيقة صرف في مثل الأول نوعا؛ أي: في قرية أخرى، وهذا كله إذا لم يرج عود الأول لما كان عليه، فإن رجي عوده أُنظر ليصرف في ترميمه أو أحداثه أو في غير ذلك مما تعلق بإصلاحه.

● ص:

وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم.

● ش:

يعني: أن من وقف شيئًا على اثنين معينين كزيد وعمر ووبعدها أي: بعد كل واحد منها يكون وقفا على الفقراء فإن نصيب من مات منهم يكون للفقراء احتياطا لهم لا للحي منهما وسواء قال: حياتها أو لا.

قال «دك»: وأخذ من هذه المسألة أن قول الواقف تحجب الطبقة العليا منهم أبدًا الطبقة السفلي، معناه: أن كل أصل يحجب فرعه فقط دون فرع غيره.

وكذا في ترتيب الواقف الطبقات كعلى أولادي ثم أولاد أولادي إلا أن يجري عرف بخلافه فيعمل به؛ لأن ألفاظ الواقف مبناها على العرف. ذكره الأجهوري. اهـ.

وقولنا: احتياطا لهم، أصله لـ«الش» وهو إشارة للفرق بين ما هنا وبين مسألة العشرة الآتية، كما في «حش».

● **ص:**

وإن قال، وهي لآخركما فملك.

● **ش:**

يعني: أنه إذا وقف دارا مثلا على شخصين وقال: وهي لآخركما ثم مات أحدها فإنها تكون ملكا للآخر.

● **ص:**

وعلى عشرة حياتهم أو لأجل لا يملك إلا بعدهم.

● **ص:**

قوله: (عشرة) لا مفهوم له بل المراد عدد محصور قل أو كثر، ولا مفهوم أيضًا لحياتهم بل كذلك لو قال: حياتي أو حياة زيد.

يعني: أنه إذا وقف شيئًا على عشرة معينين مدة حياتهم مثلا أو لأجل معين كعشر سنين فإن هذا الوقف لا يملك إلا بعد موت العشرة جميعا فإذا مات واحد منهم انتقل نصيبه لإصحابة فإن بقي واحد منهم فالجميع له فإن انقرضوا كلهم رجع الحبس ملكا لمالكه أو لوارثه إن مات، والفرق بين هذه وبين ما سبق وهو أنه إذا وقف على اثنين وبعدها على الفقراء يكون نصيب من مات للفقراء أن ما سبق لما كان الوقف فيه مستمرا احتياط لجانب الفقراء وكان لهم بعد كل ولما كان في هذه يرجع ملكا احتياط لجانب الموقوف عليهم ليستمر الوقف طول حياتهم وقد سبقت الإشارة إلى هذا الفرق.

ومفهوم مدة (حياتهم أو لأجل): أنه إذا لم يقل حياتهم ولم يقيد بأجل أنه لا يكون الحكم كذلك وهو كذلك والحكم في ذلك أنه يرجع مراجع الأحباس على الأصح كما يفيد ذلك عموم قوله الآتي: (ورجع غير ذلك إن انقطع مصرفه لأقرب فقراء عصبة الواقف) المسائل التي لا يرجع فيها الوقف مراجع الأحباس وهي من قوله: (وإن وقف على كمسجد...) إلى ما هنا، شرع يذكر ما يرجع فيه مراجع

الأحباس فقال:

• ص:

ورجع غير ذلك إن انقطع مصرفه لأقرب فقراء عصبة الواقف.

• ش:

قوله: (غير ذلك) أي: غير المسائل السابقة التي أولها قوله: (وإن وقف على كمسجد...) إلى ما هنا.

يعني: أن الوقف في غير ما سبق إذا انقطع مصرفه كما إذا وقف على زيد وذريته فانقرضوا جميعا فإنه يرجع لأقرب فقراء عصبة الواقف نسبيا أو ولا على الترتيب المتقدم في النكاح فيقدم ابن فابنه فإن فاخ فأبنه فالجد فالعم فابنه... إلخ. ما سبق فإن كان الأقرب غنيا فلمن يليه في الرتبة كما إذا لم يوجد الأقرب فإنه ينتقل لمن يليه، فإن لم يوجد له عصبة فأقرب فقراء عصبة عصبته وهكذا؛ لأن عصبة العصبة عصبة كما أشار إليه في التوضيح، فإن لم يوجد شيء من ذلك فللفقراء على المشهور وإذا أخذ الفقير من العصبة كفايته واستغنى هل يرد عليه الباقي أو يعطي لمن بعده قولان أظهرها الثاني، وإن رجح الأول.

وقوله: (ورجح) أي: وقفا ينتفعون به انتفاع الوقف لا ملكا.

• ص:

وشاركتهم فقيرة لو رجلت عصبت لم تبعد عنهم.

• ش:

ضمير الجمع في شاركتهم عائد على أقرب فقراء عصبة المحبس وفقيرة فاعل شاركت وهل المراد الفقر المتعارف وهو ما للبدر و«عج» ومن وافقهم أو المرأة فقيرة بالطبع ولو غنية وهو ما في «عب».

وقوله: (لو رجلت عصبت) أي: لو قدرت رجلا كان ذلك الرجل المقدر عاصبا كالبيت والأم والأخت وبنت الأخ وبنت المعتق والعمة وبنت العم فتخرج الخالة والأخت لأم والجدة من جهة الأم وبنت البنت وبنت العمة؛ لأن من ذكر إذ قد رجلا لا يكون عصبة، فقوله: (عصبت) أي: مع بقاء واسطتها التي أدلت بها على

حالها من غير تقدير رجولته فيها فلذا خرجت بنت البنت وبنت العمة وغيرها كما سبق؛ لأن البنت على حالها ليست عصبة، وكذا العمة ولا تكون عصبة إلا بغرضها رجلا.

والمعنى: أن الحبس المؤبد إذا انقطع مصرفه فإنه يرجع لا قرب فقراء عصبة المحبس ويشاركهم في ذلك كل امرأة فقيرة لو قدرت رجلا عصبت مع بقاء واسطتها على حالها من غير تقدير رجولته فيها كالأم والبنت والعمة وبنت الأخ وبنت العم ويشترط في دخول الفقيرة المذكورة مع العصبة أن لا تبعد عنهم بأن تكون أقرب منهم للواقف أو مساوية لهم فإن كانت أبعد من العصبية لم تدخل.

والحاصل: أن الأقرب تدخل في المرجع مع العاصب اتفاقًا وإلا بعد لا تدخل اتفاقًا والمساوية للعاصب فيها خلاف والصواب أنها تدخل كما فهمه القراء في خلافًا للشيء ومن تبعه.

• ص:

وقدم الإناث إن ضاق عن كفاية العام وكن أقرب.

• ش:

قوله: (إن ضاق) أي: الوقف أي: ضاقت غلته الناشئة عنه.

يعني: أن الوقف الراجع لأقرب فقراء عصبة الواقف إذا ضاقت غلته عن كفاية الجميع بنيته فإنها تقدم فيه الإناث على الذكور إن كن أقرب من الذكور فتقدم البنات على الأخوة وأما المساويات للذكور كالبنات مع البنين فلا يقد من عليهم بل يشتركن معهم وإن كانت الإناث أبعد قدم العاصب عليهن في السعة والضيق.

قال ابن هارون: المشهور أن البنت إن كانت مساوية للعاصب شاركته في السعة والضيق وإن كانت أقرب منه قدمت عليه في الضيق وإن كانت أبعد من قدم العاصب عليها في السعة والضيق فعلم بذلك أن الأقسام ثلاثة:

مشاركة في الضيق والسعة، وذلك إذا تساوي النساء مع العصبة كأخ وأخت.

وغير مشاركة في الضيق والسعة، وذلك إذا كانت النساء أبعد من العاصب كأخ وعمة.

ومشاركة في السعة دون الضيق، وذلك إذا كانت النساء أقرب كبنت وأخ.

ومعنى تقديم الإناث: أنهن يأخذن كفاية عام لا أنهن يأخذن الجميع ولو زاد على العام.

● ص:

وهو حبس يستوي فيه الذكر والأنثى ولو شرط خلافه.

● ش:

ضمير هو للمرجع المفهوم من قوله السابق: (ورجع... إلخ).

يعني: أن مرجع الحبس حبس فيستوي فيه الذكر والأنثى ولو شرط الواقف في أصل الوقف خلاف ذلك كما إذا شرط في أصل الوقف أن للذكر مثل حظ الأنثيين أو عكسه؛ لأن المرجع ليس بإنشاء وإنما هو بحكم الشرع فشرط أصل الحبس لا يسري للمرجع وأما لو نص على ذلك في المرجع فيعمل بشرطه؛ لأن المرجع بهذا الاعتبار كأنه محبس عليه كما لابن خلافًا لـ«عب».

والمشهور أنه لا يدخل الواقف في المرجع ولو فقيرا كمن عزل زكاته وصار فقيرا فلا يأكل منها، وكذا لا يدخل في المرجع موالي الواقف وهم من اعتقهم وأما من اعتقوه فيدخلون في المرجع كما مر.

● ص:

ولا يشترط تنجيز وحمل في الإطلاق عليه.

● ش:

يعني: أنه لا يشترط في الوقف التنجيز كالعتق فيجوز أن يقول: إذا جاء العام الفلاني أو حضر فلان قد أري وقف على كذا أو فعبدي حر فإذا جاء العام المذكور وجاء فلان لزم الوقف أو العتق وإذا أطلق في الوقف بأن لم يقيد بأجل ولا تنجيز فإن الوقف يحمل في الإطلاق على التنجيز كما أشار لذلك بقوله: (وحمل في الإطلاق عليه) أي: وحمل الوقف في الإطلاق على التنجيز.

وبعبارة: لا يشترط في الوقف التنجيز بل يصح إذا كان لأجل كالعتق فإذا قال: إذا جاء اليوم الفلاني أو الشهر الفلاني أو العام الفلاني قد أري وقف أو فعبدي حر

لـزماه عنـد مجيء الأجل، فـإن حدث ديـن على الـواقف أو على الـمعتق في ذلك الأجل فإنه لا يضر في عقد العتق لتشوف الشارع في الحرية ويضر في عقد الحبس إذا لم يحز عن الواقف في ذلك الأجل، أما إن حيز عنه أو كانت منفعته لغير الواقف في ذلك الأجل فإنه لا يضر حدوث الدين كما يفيده «ح».

وكما لا يشترط في الـوقف التنجيز لا يشترط فيه التـأبيد؛ أي: التخليد، بل يصح ويلـزم مدة كسنـة ثم يكون بـعدها ملكـا ويؤخذ من عـدم شرط التنجيـز، ومن عدم شرط التأبيد أنه يجوز شرط الإدخال والإخراج، وهذا معنى قول «الش»: ومنه وعدم شرط التأبيد يجوز شرط الإدخال والإخراج؛ أي: إدخال شخص في الوقف وإخراج آخر منه، وأفتى الناصر بأنه لا يعمل بشرط الإدخال والإخراج.

والظاهر أن هذا يخرج على ما سبق من لزوم الوقف بالصيغة ولو قال: ولي الخيار كما قال ابن الحاجب، وتقدم بحث ابن عبد السلام فيه بأنه ينبغي أن يخرج يوفي له بشرطه.

● **ص:**

كتسوية الذكر والأنثى.

● **ش:**

هذا تشبيه بالتخير في الحمل عليه عند الإطلاق.

يعني: أن الواقف إذا قال: داري مثلا وقف على أولادي أو على أولاد زيد وأطلق فلم يـبين تفضيل ذكـر على أنثـى ولا عكسـه ولا تسويـة أحد الـنوعين للآخـر فإنه يحمل عند الإطلاق عـلى تسوية الـذكر والأنثى في «المص» فـإن بين شيئًا عمل به إلا في المرجع كما سبق في قـوله: (وهو حبس يستوي فيه الـذكر والأنثى ولو شرط خلافه).

● **ص:**

ولا بيان المصرف، وصرف في الغالب بالبلد وإلا ففي وجوه البر.

● **ش:**

عطف على (تنجيز) من قوله: (ولا يشترط تنجيز).

يعني: أنه لا يشترط في صحة الوقف ولزومه بيان مصرفه فإذا قال: داري وقف صح الوقف ولزم وصرف ربحها وغلتها إن تعذر سؤال الواقف في غالب مصرف تلك البلد كأهل العلم أو القراءة أو الفقراء، فإن لم يكن لتلك البلد غالب صرفت غلتها في وجوه البر كالفقراء أو المساجد وطلبت العلم والقراءة ونحو ذلك هذا كله في الحبس وأما العمرى فلا تلزم حتى بين المعمر عليه والفرق أن لفظ الحبس أكثر ما يستعمل على وجه القربة، بخلاف لفظ العمري. اهـ.

ثم قضية هذا الفرق أنه لو قال: داري مثلا صدقة ولم يبين المتصدق عليه أنه يلزمه؛ لأن الصدقة سبيلها القربة. قاله «خ».

تنبيه:

نقل الحطاب عن تبصرة ابن فرحون أنه يقبل قول متولي نظر الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف وذكر أن العادة جرت يصرف علته في الوجوه التي يذكرها هو أي: الناظر. اهـ من «حش» بتصرف.

- **ص:**

وإن رد المعين الرشيد فللفقراء.

- **ش:**

يعني: أن من وقف دار أو غيرها على معين رشيد فإنه يشترط في صحة الوقف عليه قبوله فإن رد المعين الرشيد ذلك في حياة الواقف أو بعد موته فإن الوقف يصرف على الفقراء والمساكين ولا يرجع مراجع الأحباس وأما غير المعين كالمساجد والفقراء ومن سيوجد فلا يشترط قبول لتعذر القبول منه وأما المفتي الغير الرشد وهو الصغير والمجنون والسفيه فإن وليه يقبل له، فإن لم يكن له ولي أقيم له من يقبل عنه كما في الهبة.

وإلى هذا والذي قبله أشار «الش» بقوله: ولا يشترط قبول غيره؛ أي: غير المعين الرشيد وغيره هو غير المعين كالفقراء أو المعين الغير الرشيد كالصغير والمجنون فبان بذلك أن الأقسام ثلاثة: معين رشيد، وغير معين، ومعين غير رشيد. وقد علمت أحكامها.

● **ص:**

وإن قال: على ولدي ولا ولد له فعن الإمام له الرجوع، ابن القاسم، حتى ييأس.

● **ش:**

يعني: أنه إذا قال: هذه الدار مثلا وقف على ولدي والحال أنه لا ولد له حين التحبس فعن الإمام مالك رضي الله عنه له الرجوع في الوقف فله بيعه وإن لم يحصل له يأس من الولد.

وقال ابن القاسم: لا يرجع عن الوقف حتى ييأس من الولد.

والظاهر أن له الانتفاع بالغلة قبل الولد فإن بقي الواقف بلا رجوع حتى ولد لزمه الوقف قطعا، أفاده «الش» ومثل ما ذكره «المص» أن يقول: وقف على ولد فلان ولا ولد له.

● **ص:**

واتبع شرطه إن لم يحرم.

● **ش:**

يعني: أن شرط الواقف يجب اتباعه إن لم يحرم ولو كره. قال «الش»: وفي «حش» إن اشترط آذان جماعة معًا أذنوا فرادى. اهـ. أما المحرم فلا يتبع فيه.

وبعبارة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه شروطا فإنه يجب اتباعها إن كانت جائزة؛ لأن ألفاظ الواقف كألفاظ الشارع في وجوب الأتباع فإن شرط شروطا غير جائزة لم يتبع.

مثال الجائز الذي يتبع فيه: قوله الآتي: (كبيع الموقوف عليه... إلخ).

ومثاله أن يخصص مذهبا من الأربعة بعينه أو مدرسة بعينها أو ناظر بعينه وله عزل نفسه فيولي صاحبه من شاء إن كان حيا وإلا فالحاكم، فإن لم يجعل لوقفه ناظرا فإن كان على معين مالك لأمر نفسه فهو الذي يجوزه ويتولاه وإن غير مالك لأمر نفسه فوليه وإن كان على غير معين كالفقراء فالنظر فيه للحاكم يقدم له من يصلح له وأجرته من ربعه، وكذا إن كان الوقف على كمسجد.

ومثال الشرط الغير الجائز: أن يشترط إصلاح الوقف على المستحقين أو يشترط

التوظيف كما أشار لذلك بقوله الآتي: (وبطل شرط إصلاحه... إلخ).

تنبيهات:

تؤخذ مما نقله «حش» عن «عب»:

الأول: قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلي، معناه: أن كل أصله يحجب فرعه فقط لا فرع غيره على فتوى ابن رشد خلافًا لفتوى عصريّه ابن الحاج وهو غير صاحب المدخل كما في البدر ثم إذا انقرضت العليا هو يسوى بين أفراد السفلي وهو ما للحطاب أو يعطي لكل سلسلة ما لأصلها وهو ما للناصر وكذا في ترتيب الواقف الطبقات بينهم كعلي أولادي ثم أولاد أولادي وهذا حيث لم يجر عرف، بخلاف ذلك وإلا عمل به؛ لأن الألفاظ الواقفين مبناها على العرف.

الثاني: إذا قال الواقف: من مات نصيبه لأهل طبقته قدم الأخوة على بني العم على الأظهر وإذا قال: الأقرب فالأقرب دخل الذي للأب مع الشقيق؛ لأنه إنما يزيد عنه بالقوة لا بالقرب.

الثالث: إذا قال الواقف: من مات فتصيبه لأهل طبقته من أهل الوقف فمات الولد فإن نأبه لمن في درجته ولو مع حياة أصولهم ولا يمنع ذلك قوله: من أهل الوقف؛ لأنهم من أهل الوقف مالا.

الرابع: في الحطاب: يجوز مخالفة شرط الواقف إذا تعذر الانتفاع معه كشرط أن لا يخرج الكتاب من المدرسة فلم يوجد من ينتفع به فيها؛ لأن غرض الواقف الانتفاع فيقدم غرضه على لقطه، وكذا إذا شرط أن لا يزيد في التغيير على كراسين فاحتج في للزيادة بالمصلحة فإن شرط أن لا يغير برهن فالشرط باطل والرهن لا يصح؛ لأن المستعير حيث كان أهله لذلك أمين فلا يضمن ويقبل قوله إن لم يفرط فليست عارية حقيقة فإن أريد بشرط الرهن التذكير للرد عمل به. اهـ.

● **ص:**

كبيع الموقوف عليه كالواقف إن احتاج.

● **ش:**

هذا تمثيل لشرط الواقف الذي يتبع فيه وبيع مصدر مضاف لفاعله وهو الموقوف

عليه ومفعوله محذوف أي: بيعه الوقف.

يعني: أن الواقف إذا شرط أن الموقوف عليه له بيع الوقف فإنه يعمل بشرطه وظاهره سواء كان البيع لحاجة أو لا، إلا أنه إذا شرط بيعه عند الحاجة فلابد للموقوف عليه من إثباتها ومع ذلك يحلف أنه لا مال له ظاهرا ولا باطنا إلا أن يقول الواقف وهو مصدق في دعواه الحاجة فلا بينة عليه ولا يمين.

وقوله: (كالواقف) تشبيه بما قبله في العمل به إذا شرط أي: كما يعمل بشرط الواقف إذا شرط لنفسه بيع الوقف إن احتاج لبيعه ولابد من إثبات الحاجة والحلف عليها إلا أن يشترط أنه مصدق بلا بينة ولا يمين فله شرطه فقوله: (إن احتاج) راجع لما بعد الكاف لا لما قبلها أيضًا؛ لأنه خلاف الظاهر من كلامه.

● **ص:**

أو إن استولاه ظالم رجع له.

● **ش:**

عطف على مدخول الكاف؛ أي: وكذا يعمل بشرط الواقف إذا شرط في كتاب الوقف أنه إن استولى على الوقف ظالم من قاض أو غيره رجع له أو لورثته ملكا وكذلك لو شرط رجوعه صدقة لفلان إذا استولاه ظالم فإنه يتبع شرطه.

● **ص:**

أو لفلان منه كذا كل عام وقضى ما عجز في الماضي إلا أن يقول: من غلة كل عام.

● **ش:**

أي: وكذا يتبع شرط الواقف إذا قال: لفلان من الوقف كذا كل عام مبدأ على غيره ويقضي لفلان ما عجز في الماضي مما يأتي في المستقبل إلا أن يقول له كذا من غلة كل عام فلا يقضي له ما عجز في الماضي بل إذا لم يحصل غلة أصلًا في بعض الأعوام فلا تبديه ولا قضاء.

والحاصل: أنه إذا قال: أعطوه من الوقف كذا كل عام فإنه يأخذه مبدأ على غيره، فإن لم يحصل شيء أصلًا أو حصل مالا يفي بالمشروط فإنه يقضي له في العام المستقبل وأما إذا قال: أعطوه كذا من غلة كل عام فلا يقضي له من ربع عام.

● ص:

وبطل شرط إصلاحه أو توظيفه على مستحقه إلا أن يقول ويحاسب به من الغلة.

● ش:

هذا شروع في شروط الواقف الغير الجائزة؛ ولذا بطلت وصح الوقف.

وقوله: (على مستحقه) راجع للمسألتين، وكذا الاستثناء والتوظيف شيء يؤخذ على الوقف كل سنة مثلا بأن تكون الأرض أو الدار عليها مغرم لحاكم كل عام مثلا فيشترط الواقف أن التوظيف على المحبس عليه.

والمعنى: أن الواقف إذا شرط أن إصلاح الوقف أو توظيفه على المستحقين فإن الوقف صحيح والشرط باطل لخروجه عن الوقف إلى الإجارة بمجهول إلا أن يقول ويحاسب به من الغلة فإنه يجوز على الأصح كما إذا شرط ابتداء أن الإصلاح أو التوظيف من الغلة، وكذا إن لم يشترطها أصلًا فإنها يكونان من الغلة.

● ص:

أو عدم البداءة بإصلاح.

● ش:

قوله: (أو عدم) عطف على إصلاحه أي: وبطل شرط عدم البداءة بإصلاح الوقف إذ حصل فيه خلل؛ لأنه يؤدي إلى إبطال الوقف من أصله فيبدأ بإصلاحه لتبقي عينه ومن الإصلاح النفقة فيما يحتاج لنفقة كالحيوان.

فإذا شرط عدم البداءة بالنفقة فإنه يبطل شرطه وينفق عليه من غلته؛ ولذا أشار «الش» بقوله: ومنه النفقة؛ أي: ومن الإصلاح النفقة فيبطل شرط عدم البداءة بها، فعلم بذلك أن البداءة بإصلاح واجب شرعا ولو شرط الواقف خلافه؛ لأنه من ضروريات الوقف ولوازمه.

● ص:

وأكريت له إن لم يصلح المستحق.

● ش:

ضمير له للإصلاح؛ يعني: أن الدار الموقوفة إذا احتاجت للإصلاح وأبي

المستحق من إصلاحها فإنه يخرج منها ثم تكري لأجل إصلاحها بذلك الكراء فإذا أصلحت وانقضت مدة الكراء رجع إليها المستحق فإن أصلح ابتداء لم يخرج منها.

وبعبارة: من وقف دارا مثلا على معين لأجل أن يسكن فيها فاحتاجت للإصلاح فإن المستحق بخير بين أن يصلح من عنده ما تهدم منها وبين أن يخرج منها لأجل أن تكري لأجل الإصلاح بكرائها فإن أصلح قط وإن لم يصلح أخرج منها واكريت للإصلاح فإذا حصل الإصلاح وانقض أجل الكراء رجع إليها المستحق فسكنها.

• **ص:**

وإن بنى محبس عليه ومات ولم يبين فحبس.

• **ش:**

يعني: أن المحبس عليه بالشخص كزيد المعين أو بالوصف كإمام وخطيب ومؤذن ومدرس إذا بنى شيئا بأرض الوقف الخالية من البناء أو بناء شيئا منهدما من بناء الوقف ثم مات ولم يبين أنه ملك أو حبس أن الأجنبي يكون ما بناه له كما في النوادر فيأخذن نقضه أو قيمته منقوضا ولو أذن له الناظر في البناء وهذا إن لم يحتج له الوقف وإلا وفي له من غلته بمنزلة بناء الناظر؛ لأنه قام عنه بواجب.

ومفهوم (لم يبين): أنه إذا بين شيئا فإنه يعمل بيانه، فإذا بيَّن أنه ملك له استحقه وارثه بالفريضة الشرعية، وإن بيَّن أنه حبس قط أنه يلتحق بالوقف والغرس كالبناء في جميع ما سبق.

• **ص:**

وفضل الناظر الأحوج ثم قريب الواقف من غير معينين في غلة وسكنى.

• **ش:**

قوله: (من غير معينين) متعلق بمحذوف حال من قريب الواقف أو من الأحوج ففيه الحذف من الأول لدلالة الثاني أو عكسه أو حال منها أي: حال كونها من موقوف عليهم غير معينين كالفقراء وابن السبيل أو قوم وأعقابهم أو ولده أو ولد ولده أو أخوته أو بني عمه ولم يعنيهم بقوله فلان وفلان.

وقوله: (في غلة) متعلق بفضل، و(سكنى) عطف على غلة.

والمعنى: أن الوقف إذا كان على غير معينين كالفقراء أو المجاهدين والمجاورين أو على أولاده أو أولادهم أو على أخوته أو بني عمه وما أشبه ذلك، ولم يعينهم بأسمائهم، فإنه يجب على الناظر أن يفضل في الغلة والسكني الأحوج فالأحوج بالاجتهاد؛ لأن قصد الواقف الأحسان والرفق بالموقوف عليهم وسد ضلتهم فلا يعطي الغني ثم إن لم يكن أحوج بأن استووا في الفقر والغنى والعيال ونحو ذلك، أو كان وأخذ ما يساوي به غيره فإنه يفضل قريب الواقف على غيره فإن كانوا كلهم أقاربه قدم الأقرب فالأقرب.

ومفهوم (غير معينين): أنهم لو كانوا معينين كولدي زيد وعمر وهند فإنه يسوى في الغلة والسكني بينهم الذكر والأنثى والغني والفقير والصغير والكبير والحاضر والغائب سواء والمراد بالتفضيل فيما سبق التقديم فيقدم الفقير على الغني ولا يعطي الغني إلا إذا فضل شيء من الفقير وقيل المراد به ما يشمل التقديم والزيادة فالاحوج لكونه فقيرا جدا ولكونه كثير العيال يقدم ويزاد له على غيره بالاجتهاد.

• ص:

ولا يخرج ساكن استغنى لغيره إلا لسفر انقطاع أو بعيد.

• ش:

يعني: أن من سكن من المستحقين بوصف الفقر فاستغنى فإنه لا يخرج لغيره ولو محتاجا؛ لأن العبرة بالاحتياج في الابتداء إلا لسفر انقطاع أو بعيد يغلب على الظن عدم عوده منه فيسقط حقه من السكني ولغيره أن يسكن مكانه فإن سافر قريبا ونيته العود فلا يسقط حقه من السكني وله حبس مفتاحه لا كراوه؛ لأنه مالك الانتفاع فقط لا المنفعة، وقيل: يكري إلى أن يعود فإن جهل حاله في سفره هل هو سفر انقطاع أو عود فإنه يحمل على العود ما لم تظهر قرينة على خلافه والبعيد ما يحمل صاحبه على عدم العود.

قال «خ»: وكلام المؤلف فيما إذا كان الحبس على معينين محصورين وإلا وجب إخراج مازال منه ذلك الوصف كقوله وقف على الفقراء أو طلبت العلم مثلا فإذا زال الفقر أو ترك طلب العلم أخرج. اهـ.

وقال ابن رشد: من حبس على الفقراء لفقرهم فسكن فقير أخرج إن استغنى.

وبعبارة: لا يخرج ساكن استغنى إلا أن يكون الوقف مقيد بوصف الحالة وشرط الواقف أن من استغنى لا حق له فإنه يخرج إن استغنى، وكذا كل من فقد فيه الوصف الذي قيد به الواقف كالغزو والرباط والتدريس وطلب العلم ونحو ذلك فإنه يسقط حقه. وفي «حش» عن بعضهم: أن من مكث نحو عشرة أعوام في طلب العلم ولم تظهر له نجابة لا يستحق فيما قيد بطلبة العلم.

وبعبارة: لا يخرج ساكن استغنى ليسكن غيره إلا بشرط من الواقف أن من استغنى يخرج لغيره فإنه يعمل بشرطه وإلا إذا سافر الساكن سفر انقطاع أو سافر سفرا بعيدا فإنه يسقط حقه.

• ص:

ونفقة فرس الغزو من بيت المال فإن عدم عوض سلاحا.

• ش:

لا مفهوم لفرس بل مثله البعير والبغل والحمار، ولا مفهوم للغزو بل مثله الرباط وخدمة المسجد.

يعني: أن من وقف فرسا ونحوه على غزو ونحوه فإن نفقة ما ذكر من بيت المال إن كان وأمكن الوصول إليه فإن عدم بيت المال أو وجد ولم يمكن الوصول إليه بيع الفرس ونحوه وعوض به سلاحا ونحوه مما لا يحتاج لنفقة ولا يلزم المحبس نفقته ولا يؤجر لينفق عليه من غلته.

واحترز بالغزو مما لو وقف على معين فإنه إن كانت له غلة فمنها وإلا فعليه إن قبله على ذلك وإلا فلا شيء له؛ أي: يبطل الوقف.

فقوله: (فإن عدم) أي: حقيقة أو حكما بأن لم يمكن الوصول إليه.

تنبيه:

لو كلب الفرس الحبس وصار لا ينتفع به في الغزو ويمكن الانتفاع به في غيره كالطاحون فإنه يباع ويشتري به مثله أو شقصه والكلب دا يعتري الخيل كالجنون.

وبعبارة: يقال: كلِب بكسر اللام إذا أصابه الكلب الذي يعتري الكلاب فلا

يـأكل ولا يشـرب وتحمـر عيناه وبعض كل شـيء قابلـه حتى يـموت وربـما مات الـمعضوض وربما عاش أياما ذكر ذلك الأصل وشراحه ولم يذكره «المص» لدخوله في عموم قوله:

● **ص:**

وبيـع ما تـعذرت منفعته المقصودة غيـر عـقار وجعل في مثـله أو شقصه، فإن لم يوجد فصدقة كقيمة المتلف.

● **ش:**

ما اسم موصول نائب فاعل بيع وغير عقار حال عن ما والمراد بالشقص الجزء.

يعني: أن الحبس الغير العقـار إذا تعذرت منفـعته المقصـودة بتحبيسه كغرس بكلب وثـوب بخلق وعبد بهـرم وكتب علم تبلـي فإنه يباع وجـوبا ويجعل ثمنه في مثله إن أمكـن وفي شقصه إن لم يمكن، فإن لم يوجد شقص فيتصدق بالثمن كقيمة ما أتلف من الحبس فإنه تجعل في مثله أو شقصه، فإن لم يوجد فالثمن صدقة.

وقوله: (ما تعذرت منفعته المقصودة) إشارة إلى أنه لابد من وجود أصل النفع به في غير مـا حبس فيه حتى يجوز بيعه إذ شرط المبيع أن يكون منتفعا به واحترز بغير العقار عن العقار فإنه لا يباع كما يأتي.

تنبيه:

قـال بعض شـراح الأصل: إن كلامه لا يـشمل الحـصر والـزيت؛ لأن قـوله: (أو شقصه) يخرج ذلك؛ أي: لأن الـشقصية لا تعقل في الحصـير بحيث تكون الحصير مشتركة بين المسجد وغيره.

وذكر بعضهم أنه يجوز بيع حصر المسجد إذا استغنى عنها، وكذا نقاضه ويصرف الثمن في مصالحه، وكذا الزيت إذا صار لا ينتفع به في خصوص ما وقف له.

● **ص:**

وفضل الذكور وما كبر من الإناث في إناث.

● **ش:**

قوله: (وفضل الذكور) عطف على نائب فاعل بيع، وكذا قوله: (وما كبر).

وقوله: (من الإناث) بيان لـ(ما).

وقوله: (في إناث) متعلق بمحذوف أي: يجعل ثمن فضل الذكور وثمن ما كبر من الإناث في إناث وفضل الذكور من إضافة الصفة للموصوف أي: الذكور الفاضلة عن النزوان من نعم الوقف.

يعني: أن ولد الحيوان المحبس مثل أصله في التحبيس فإذا ولدت الإبل أو البقر أو الغنم ذكورا أو إناثا فما فضل من الذكور عن النزوان وما كبر من الإناث وانقطع لبنه فإنه يباع ويجعل ثمنه في إناث يلدن وهي حبس كأصلها وكبر بكسر الباء في الذوات وبضمها في المعاني قال تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ...﴾ الآية [غافر:٣٥].

وبعبارة: من وقف شيئا من الأنعام على معينين أو غيرهم لينتفع بألبانها وأصوافها وأوبارها فنسلها كأصلها في الحبيس فما فضل من ذكور نسلها عن النزو وما كبر منها أو من نسلها من الإناث فإنه يباع ويعوض بدله إناث صغار تحصيلا لغرض الواقف.

قال «خ»: ومثل ما كبر من الإناث ما كبر من الذكور مما لا يباع منها لكونه محتاجا إليه ثم طرا عدم الحاجة له لعدم ما كان فيه من المنفعة ولكن يشتري بثمنه مثله أو شقصه لحاجة الإناث له. اهـ.

فإن قيل: قوله: (وفضل الذكور... إلخ) داخل في عموم قوله: (وبيع ما تعذرت منفعته المقصودة).

يجاب: بأنه ذكره توطئة؛ لقوله: (في إناث) فلو لم يذكره لتوهم أن ثمن فضل الذكور إنما يجعل في مثلها أو شقصها.

● **ص:**

ولا يباع العقار وإن خربا بجديد.

● **ش:**

قوله: (خربا) بكسر الراء، والخرب من العقار ما لا ينتفع به وما قبل المبالغة غير الخرب.

وقوله: (بجديد) في حيز المبالغة أي: فأولى بيعه بدراهم مثلا.

والمعنى: أن العقار الحبس من دور وحوانيت وحوائط ورباع لا يجوز بيعه ولو كان ضربا بعقار جديد هذا هو المشهور في المذهب.

قال مالك: بقاء أحباس السلف دارسة دليل على منعه وإلا لكانوا أولى بفعله، وهناك رواية بجواز الاستبدال الذي يقوله به غير مالك إذا ضرب ولا ريع يعمر به. أفاده «حش».

وكذا لا يجوز بيع نقض الحبس من الأحجار والأجر والأخشاب، فإن لم يمكن عودها فيما حبست فيه جاز نقلها في مثله وهذا في الوقف الصحيح وأما الباطل كالمساجد والتكايا التي بناها الملوك والأمراء بقرافة مصر ونبشوا مقابر المسلمين وضيقوا عليهم فهذه يجب هدمها قطعا ونقضها محله بيت مال المسلمين يباع في مصالح المسلمين أو يبني بها مساجد في محل جائز أو قنطرة لنفع العامة ولا تكون لوارثهم إن علم إذ هم لا يملكون منها شيئًا وأنّي لهم ملكا وهم السماعون للكذب الأكالون للسحت يكون الواحد منهم عبدا مملوكا كما يقدر على شيء وهو كل على مولاه فإذا استولي بظلمه على المسلمين سلبهم أموالهم وحرفها فيما يغضب الله ورسوله ويحسبون أنهم مهتدون وأما ما رتبوها عليها من الوظائف فيجوز تناوله بوصف الاستحقاق من بيت المال ولو لم يعلم بما رتب فيه من آذان أو قراءة أو تدريس ونحو ذلك وأما أوقافهم التي بوسط البلد فهي نافذة؛ لأنها لمصالح المسلمين. قاله «دك» رحمه الله ونفعنا به.

● ص:

إلا لتوسيع كمسجد الجمعة وطريق.

● ش:

هذا مستثني من قوله: (ولا يباع... إلخ)، وأدخل بالكاف المقبرة.

يعني: أنه لا يباع العقار الحبس إلا لتوسيع مسجد الجمعة والطريق والمقبرة فيجوز بيع حبس غير هذه الثلاثة لتوسيع الثلاثة وسواء تقدم الحبس على أحد هذه الثلاثة أو تأخر فالصور ست فإن أبي المستحق أو الناظر حير على البيع لتوسعة ما ذكر وإذا جبر على ذلك في الوقف فالملك أحرى فلا يقال: إنه من باب الغصب

كما وقع لبعض الطلبة حين وسع الجامع الأزهر بالقاهرة واحترز بمسجد الجمعة عن غيره وبالمسجد عن المبيضاة فلا يجوز بيع الحبس لتوسعتها إذ تأتي الوضوء في كل مكان بل الوضوء في البيوت أفضل واستظهر بعضهم جواز صرف هذه الثلاثة لبعضها للضرورة كما يفيده «الش».

● ص:

وأمر المحبس عليهم بجعل ثمنه في مثله.

● ش:

يعني: العقار المحبس إذا بيع لأجل توسعة مسجدا وطريق أو مقبرة كما مر فإن المحبس عليهم يؤمرون بجعل ثمنه في حبس مثله من غير قضاء عليهم بذلك على المشهور؛ لأنه لما جاز بيعه ضعفت أحكام الوقفية فيه.

وفي «بن»: إن الوقف على غير معين كالفقراء يوسع به المسجد بلا ثمن؛ لأن عرض واقفه الثواب في العموم، والثواب الحاصل بالمسجد أعظم فانظره. اهـ «حش»، والله أعلم.

● ص:

والأرجح أن هدم الوقف كغيره بالقيمة.

● ش:

يعني: أن من هدم وقفا فالأرجح من الخلاف أن هدمه كغيره من المتلفات فيضمن بالقيمة فيلزم من هدمه قيمته كسائر المتلفات كما نقله ابن عرفة عن المدونة والنقض باق على الوقفية فيقوم قائما ومهدوما ويؤخذ ما بين القيمتين ولا يلزم من أخذ قيمة الشيء جواز بيعه؛ لأنه أمر جر إليه الحكم كإتلاف جلد الأضحية وكلب الصيد وقيل تجب إعادته على ما كان عليه ولا تؤخذ قيمته وعلى هذا مر الأصل ووقف الناصر بينهما بحمل الأول على ما إذا تلف النقض والثاني على ما إذا لم يتلف.

وقال مُحَشِّي الخَرَشي نقلا عن «عج»: يغرم قيمته بتمامه قائما إن فوت النقض وإلا فما نقضه الهدم وهو ما بين قيمته قائما إن فوت النقض وإلا فما نقصه الهدم

وهو ما بين قيمته قائما ومنقوضا وساء كان الهادم الواقف أو الموقوف عليه أو غيرها، قالوا: وعلى طريقة الأصل إن أعاده أزيد مما كان يحمل على التبرع. اهـ.

وما ذكرناه عن مُحَشِّي الخَرَشي هو الذي أحال عليه «الش» بقوله: انظر «حش».

فإن قلت: لم رجح مقابل ما ذهب إليه الأصل مع أن ما ذهب إليه يدل له حديث جريج[1] لما برأه الطفل وقد هدموا صومعته فقالوا له: نعيدها لك ذهبًا فقال: لا، إلا من طين كما كانت. وأصل المذهب أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ.

يجاب: بأن حديث جريج لا دلالة فيه لما ذهب إليه الأصل؛ لأن هذه قضية تراضي منهم وكلامنا في القضايا الجبرية التي يقضي بها عند المشاحة.

ثم شرع في بيان ألفاظ الواقف باعتبار ما تدل عليه فقال:

• ص:

والحاقد ولد البنت ولو سفل ودخل في الذرية.

• ش:

يعني: أن الحاقد هو ولد البنت ولو سفل ذكر أكان أو أنثى ويدخل الحاقد في لفظ الذرية فإن الله تعالى جعل عيسى من ذرية إبراهيم مع أنه ابن بنت فإذا قال الواقف: هذا وقف على ذريتي أو ذرية فلان فإنه يدخل في الذرية ولد البنت ذكر أو أنثى وإن سفل كما يدخل ولد الولد ذكر أو أنثى، فتحصل أن الذرية يدخل فيهم الأولاد وأولادهم ذكورا وإناثا وفاعل دخل ضمير الحاقد.

• ص:

وولدي فلان وفلانة.

• ش:

عطف على مدخول في المتقدم وهو الذرية.

وقوله: (وولدهم) الآتي يرجع لهذه وما بعدها؛ أي: ودخل الحاقد في لفظ ولدي فلان وفلانة وولدهم فإذا قال الواقف: هذا وقف على ولدي فلان وفلانة وولدهم دخل في ذلك الحاقد فلو حذف لفظ وأولادهم لم يدخل الحاقد ولا ابن الابن وأما

(١) أخرجه البخاري (٢٤٨٢)، ومسلم (٢٥٥٠).

في الذرية فلا يشترط ذكره؛ لأن لفظ الذرية شامل لأولاد الأولاد بدون ذكر شيء آخر.

تنبيه:

تقدم أن قوله الآتي: (وولدهم) يرجع لهذه وما بعدها لكن المراد بالجمع بالنسبة لهذه ما زاد على الواحد فصورة هذه المسألة أن يقول: وقف على ولدي فلان وفلانة وولدها أو أولادها، فافهم.

فرع:

إذا قال: وقف على ولدي فلان وفلانة كان ذلك حاصرا بها، بخلاف فلان وصي على ولدي فلان وفلانة فإن غير من سمي من أولاده يدخل والفرق أن الوصية بمعنى واحد فلا وجه للتخصيص، بخلاف الوقف فله غرض في نفع البعض لفقره أفاده «حش».

● ص:

أو الذكور والإناث وولدهم.

● ش:

عطف على فلان وفلان فيتسلط عليه لفظ ولدي المعطوف على مدخول في أي: ودخل الحاقد في لفظ ولدي الذكور والإناث وولدهم وولدي مفرد مضاف فيعم؛ ولذا أعاد عليه الضمير جمعا في قوله: (وولدهم)، وكذا ولد المضاف لضمير الجمع في قوله: (ولدهم) مفرد مضاف فيعم الجمع من أولاد الأولاد.

والمعنى: أنه إذا قال: وقف على ولدي الذكور والإناث وولدهم فإنه يتناول الحاقد، وكذا إذا صرح بصيغة الجمع بأن قال: وقف على أولادي الذكور والإناث وأولادهم فإنه يشمل الحاقد فلو حذف ولدهم أو أولادهم لم يدخل الحاقد ولا ابن الابن في أولادها.

● ص:

كأن حذف دال التذكير والتأنيث على الأظهر.

● ش:

تشبيه في دخول الحاقد؛ يعني: أن الواقف إذا حذف ما يدل على التذكير

والتأنيث من اللفظ السابق بأن قال: وقف على ولدي وولده أو على أولادي وأولادهم أو على ولدي وولده وكم يقل الذكور والإناث ولا فلان أو فلانة كزيد وهند فإنه يدخل فيه الحاقد على الأظهر من القولين وقيل لا يدخل الحاقد في ذلك بل ولده ذكرا أو أنثى وولد ولده للذكر.

• ص:

لا نسلي وعقبي.

• ش:

لا عاطفة على قوله: (ودخل في الذرية) والمعطوف بها محذوف أي: لا يدخل الحاقد في قوله: وقف على نسلي وعقبي، أو على نسل نسلي، أو عقب عقبي، إذ نسل الرجل وعقبه ذريته الذكور وهذا قبل جري العرف بدخوله فيه كما في «الش»؛ لأن مبني الحكم في ألفاظ الواقفين على العرف فيتغير بتغيره والعرف الآن دخوله فيما ذكر.

والحاصل: أنه متى جري العرف بشيء يعمل به ما لم يصرح الواقف بما يخالف العرف.

• ص:

وأولادي وأولاد أولادي.

• ش:

عطف على نسلي أي: أنه لا يدخل الحاقد في أولادي وأولاد أولادي بالجمع بين المعطوف والمعطوف عليه وأولى في عدم الدخول لو أفرد ويدخل فيه بناته إلا أن يجري عرف بلد بإطلاق الولد على الذكر خاصة فلا تدخل البنت وعدم دخول الحاقد في أولادي وأولاد أولادي للعرف فالفرق بينه وبين أولادي وأولادهم السابق هو العرف لا غير.

والفرق بغير ذلك تكلف ولا يدخل الحاقد في بنيّ وبني بنيّ بتشديد الياء في الأول والثالث.

ويدخل بناتِ أبنائه دون بناته، وقيل: تدخل البنات في هذا كالذي قبله وهو

أولادي وأولاد أولادي ولا يدخل الحاقد أيضًا في ولدي وولد ولدي بالجمع بين المعطوف والمعطوف عليه وإنما يدخل ولده من ذكر وأنثى وولد ولده الذكر كما في الأصل وشراحه.

● ص:

وشمل الأخوة أنثاهم.

● ش:

يعني: أن لفظ الأخوة يشمل الأنثى منهم تغليبا للذكور على الإناث فإذا قال: وقف على أخوتي أو أخوة زيد شمل الذكور والإناث ولو من جهة الأم.

قال «خ»: و(شمِل) بكسر الميم وفتحها. كما قاله الجوهري.

● ص:

ورجال إخوتي ونساؤهم الصغير والصغيرة.

● ش:

عطف على فاعل شمل؛ يعني: أنه إذا قال: وقف على رجال أخوتي فإنه يشمل الصغير منهم وإذا قال: على نسائهم شمل الصغيرة منهم، وإذا قال: على وسواء جمع أو أفرد؛ لأن المراد من الأول الذكور ومن الثاني الإناث.

● ص:

وبنو أبي إخوته الذكور وأولادهم.

● ش:

عطف على فاعل شمل أيضًا؛ يعني: أنه إذا قال: وقف على بني أبي فإنه يشمل أخوته الذكور أشقاء أو لأب ويشمل أيضًا أولادهم الذكور خاصة ويدخل أيضًا ابن الواقف دون بناته لتعبيره ببني.

وقوله: (أخوته الذكور) قال «حش»: قال «تت»: تعقب ابن شاس هذا بأن قوله: وبنيّ وبني بنيّ؛ يشمل الإناث.

وأجاب ابن عبد السلام: بأن لفظ بنيّ يطلق بمعنى الحنان والشفقة فدخل البنات وبني أبي عرفا يستعمل للمفاخرة والتعصب وذلك خاص بالذكور. اهـ.

● ص:

وآلي وأهلي العصبة ومن لو رجلت عصبت.

● ش:

عطف على ما مر أيضًا أي: وشمل (آلي وأهلي العصبة ومن) أي: وامرأة لو رجلت أي: قدرت رجلا عصب كأخت وعمه وبنت عم ولو بعدت وجده من جهة الأب واصل آل أول وقيل أهل وقد سمع تصغيرة على أوائل وأهل.

وبعبارة: إذا قال: هذا وقف على آلي، أو قال: هذا وقف على أهلي، فإنه يتناول العصبة كالابن والأب والجد والأخوة وبينهم الذكور والأعمام وبينهم الذكور ويتناول كل امرأة لو كانت رجلا فرضا كانت عصبة كالأخت والعمة والبنت وبنت الابن وكبنات العم وإن بعدت.

والحاصل: أن كلا من آلي وأهلي يتناول من الرجال العصبة ومن النساء امرأة لو رجلت عصبت؛ أي: كانت عصبة أعم من أن تكون عصبة بغيرها أم لا وخانت الأم والجدة من جهة الأب وراعي معنى من فانت عصبة ولم يراع لفظها وإلا لقال: عصب، ولا يقال: الأولى مراعاة اللفظ لانا نقول محله ما لم يتقدم ما يدل على التأنيث فيكون الأحسن مراعاة معناها وقد دل على التأنيث هنا رجلت فالأحسن في عصب التأنيث. قاله «خ».

● ص:

وأقاربه جهتيه وإن نصارى.

● ش:

عطف على فاعل شمل أيضًا؛ يعني: أنه إذا قال: وقف على أقاربي أو أقارب زيد فإن لفظ الأقارب يشمل جهتيه من الأب والأم ذكورا وإناثا قربوا أو بعدوا ولو كانوا نصارى أي: ذميين.

قال «خ»: ونصرى لغة في نصارى لكنها رديئة. والمراد أقاربه النصاري الذميون وأما الحربيون فلا يدخلون اتفاقًا ولا فرق بين اليهود والنصارى وغيرهم من الكفار الذميين. اهـ.

وبعبارة: إذا قال: هذا حبس على أقاربي فإنه يدخل فيه أقاربه من الجهتين أي: من جهة أبيه ومن جهة أمه فيدخل كل من كان يقرب لأبيه من جهة أبيه أو من جهة أمه من الذكور والإناث ويدخل كل من يقرب لأمه من جهة أمها أو من جهة أبيها من الذكور أو من الإناث فتدخل العمات والخالات والأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وابن الخال والخالة ولا فرق بين المسلم والذمي منهم لصدق اسم القرابة على ذلك هذا هو المشهور. وقال ابن حبيب: وهو قول جميع أصحاب مالك.

• **ص:**

ومواليه من له أو لأصله أو لفرعه ولاؤه ولو بالجر.

• **ش:**

عطف على فاعل شمل السابق ومن واقفه على عتيق.

يعني: أنه إذا قال: وقف على موالي فإنه يشمل كل من له أو لأصله أو لفرعه ولاؤه ولو بالجر بولادة أو عتق ولا يدخل على مذهب المدونة المولي الأعلى إلا لقرينة.

وقوله: (ولو بالجر) راجع للجميع فكل مولي له عليه ولا ولو بالجر بولادة أو عتق يدخل في الموالي، وكل من لأصله كأبيه وأمه وجده ولاؤه ولو بالجر بولادة أو عتق يدخل فيما ذكر، وكل من له لفرعه كأولاده وأولادهم ولاؤه ولو بالجر بولادة أو عتق يدخل فيما ذكر، وأما من لا ولا له ولا لأصله ولا لفرغه عليه كعتيق جده لأمه وعتيق حفدته فلا يدخل في الموالي والمولي الأعلى هو من أعتقه أو اعتق أصله.

• **ص:**

وقومه عصبته فقط.

• **ش:**

(قومه) بالرفع عطف على ما سبق؛ أي: وشمل قومه عصبته فقط دون النساء ولو من لو رجلت عصبت إذا القوم حقيقة في الذكور دون الإناث، قال زهير:

وما أدري ولست إخال أدري ... أقوم آل حصن أم نساء؟

فمقابلة القوم بالنساء دليل على أن القوم خاص بالرجال.

قال بعض شيوخ عبد الحق: وينبغي الرجوع في ذلك إلى العرف إن كان عرف.

• ص:

والطفل والصغير للبلوغ ثم الشاب والحدث للأربعين ثم الكهل للستين ثم الشيخ وشمل ذلك الأنثى كالأرمل.

• ش:

يعني: أن الطفل والصغير يسمي بها المولود من حين الولادة للبلوغ ومثلها الصبي فيسمى المولود طفلا وصغيرا أو صبيا من الولادة للبلوغ، ثم إذا بلغ يسمى بالشاب والحدث لتمام الأربعين عاما ثم بعد الأربعين يسمى كهلا للسنتين والغاية التمام كما في مُحَشِّي الخَرَشي؛ أي: تمام الستين في هذا وتمام الأربعين في الذي قبله كما قررنا ثم بعد تمام الستين يسمى شيخنا إلى آخر العمر فليس فوق الشيخ شيء.

فإذا قال: هو وقف على أطفال أولادي أو على صغار أولادي أو على صبيان أولادي أو أولاد زيد فإنه يتناول من لم يبلغ فقط ذكرا كان أو أنثى ومن بلغ لا شيء له.

وإذا قال: هو وقف على شيئان قومي أو قوم فلان أو على أحد أحداثهم فإنه لا يدخل فيه إلا من بلغ ولم يجاوز أربعين عاما وسواء في ذلك الذكر والأنثى.

وإذا قال: هو وقف على كهول قومي أو قوم فلان اختص به من زاد على الأربعين للستين.

وإن قال: وقف على شيوخ قومي أو قوم فلان اختص به من زاد على الستين لمنتهي العمر وسواء في ذلك الذكر والأنثى.

وقوله: (وشمل ذلك) اسم الإشارة فيه عائد على الطفل وما بعده أي: وشمل الطفل وما بعده الأنثى وشمل بكسر الميم وفتحها فجميع هذه المراتب تشمل الذكر والأنثى كما أشرت له.

وقوله: (كالأرامل) تشبيه في شمول الأنثى فالأرامل تشمل الإناث؛ لأن المراد الشخص الأرمل وهو الأعزب الذي لا زوج له، فإذا قال: وقف على أرامل قومي

شمل الذكر والأنثى ممن لا زوج له.

● ص:

وإن قامت قرينة فيها.

● ش:

يعني: أن جميع ما تقدم في ألفاظ الواقف من الدخول والخروج عند التجرد عن القرائن فإن قامت قرينة عمل بها دخولا وخروجا وأولى الشرط والعرف كما في «الش».

● ص:

وهو في ملك الواقف حكما فله منع من يريد إصلاحه لا الغلة.

● ش:

ضمير هو للوقف بمعنى الموقوف؛ يعني: أن رقبة الشيء الموقوف في ملك الواقف حكما فيحنث بالوقف الحالف على الملك فإذا حلف لا يدخل ملك زيد فإنه يحنث بدخوله وقفه.

قال القرافي: ويستثنى من ذلك المساجد؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُواْ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا﴾ [الجن:١٨] فالمساجد قد ارتفع عنها ملك الواقف قطعا وإذا كان الوقف في ملك الواقف فله منع من يريد إصلاحه إذا خرب واحتاج للإصلاح لئلا يغير إماراته ولكن الأفضل أن لا يمنع التعاون على الخير ومحل منعه من يريد الإصلاح إذا أصلح هو وإلا فليس له المنع.

ولما كان قوله: (وهو في ملك الواقف) يوهم أن للواقف الغلة إذ هي فائدة الملكية قال: (لا الغلة) أي: أن غلة الوقف من ثمر ولبن وسمن وصوف ووبر ليست للواقف وإنما هي ملك للحبس عليه.

ووارث الواقف كالواقف فله منع من يريد إصلاحه لئلا يؤدي الإصلاح إلى تغيير معالمه، فإن لم يمنع الوارث فالإمام.

وقوله: (حكما) أفاد به أنه ليس للواقف بيع ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك لأنه ليس في ملكه حقيقة.

● ص:

ولا يفسخ كراء المثل اللازم لزيادة.

● ش:

يعني: أن الوقف إذا أكراه شخص بكراء المثل وكان الكراء لازما أي: وجيبة فزاد أخر شيئا على كراء المثل فإنه لا يفسخ كراء المثل اللازم لأجل هذه الزيادة فإن اكراه الأول بدون كراء المثل وزاد غيره ما يبلغ كراء المثل فسخ الكراء الأول للزيادة ولو التزم المكتري الأول تلك الزيادة التي زيدت عليه لم يكن له ذلك إلا أن يزيد على من نهار حيث لم تبلغ زيادة من زاد أجرة المثل فإن بلغتها فلا يلتفت لزيادة من زاد أجرة المثل فإن وهذا في غير المعتدة فإنها إذا كانت بمحل وقف وقفت إجارته بدون أجرة المثل ثم زاد عليها شخص وطلبت البقاء بالزيادة فإنها تجاب لذلك واحترز باللازم عن غير اللازم كالمشاهرة إذا لم يحصل فيها نقد فإنه يفسخ الكراء للزيادة ولو وقعت بكراء المثل.

وبعبارة: لا يفسخ كراء المثل اللازم لأجل زيادة عليه ويعتبر كون الكراء كراء المثل وقت عقد الكراء فإذا وقع بدون كراء المثل وقت العقد قبلت الزيادة في المستقبل ممن زاد سواء كان حاضرا للإجارة الأولى أو غائبا وأما في الماضي فيكون لجهة الوقت غريمان الناظر والمستأجر وقرار الضمان على الثاني؛ لأنه المباشر لاستيفاء المنفعة فعليه تمام كراء المثل في الماضي.

● ص:

وأكرى لإصلاحه ولو منتهى الإجارة.

● ش:

يعني: أن الوقف إذا احتاج للإصلاح فإنه يكري لأجل إصلاحه بالكراء ولو لمنتهي مدة الإجارة وهو ثلاثون في الدور كما مر. وقال مُحَشِّي الخَرَشي: ولو أزيد من أربعين عاما مع شرط تعجيل الأجرة ليعمل. اهـ.

وبعبارة: إذا انهدم الوقف يجوز كراوه بما يبني به ولو طال الزمن كأربعين عاما أو أزيد بقدر ما تقتضي الضرورة وهو خير من ضياعه وأندراسه كما وقع في زمن

القاضي ابن باديس بالقيروان أن دارا حبسا على الفقراء خربت ولم توجد ما تصلح به فأفتي بأنها تكري السنين الكثيرة كيف تيسر بشرط إصلاحها من كرائها وأبي أن يسمي ببيعها وهو المعول عليه.

ثم عطف على الجار والمجرور السابق فقال:

● ص:

ولمن مرجعها له كالعشرة.

● ش:

قوله: (مرجعها) أي: الدار الموقوفة المعلومة من المقام.

يعني: أن الدار الموقوفة يجوز للمستحق كراؤها لمن مرجعها له كالعشرة أعوام لخفة الغدر؛ لأن المرجع له.

وصورتها: أنه حبس على زيد دارا ثم ترجع بعده لعمرو وملكا أو وقفا فيجوز لزيد أن يكريها لعمرو الذي له المرجع عشرة أعوام ونحوها وهذا إذا لم يشترط الواقف مدة ولا عمل عليها.

● ص:

والموقوف عليه سنتين وناظر غيره أربعا.

● ش:

يعني: أن الموقوف عليه يجوز أن يكري الوقف سنتين لا أكثر وناظر الوقف إذا كان غير الموقوف عليه يجوز له أن يكري الوقف أربعا من السنين لا أكثر فإن أكري لأكثر من ذلك مضيء إن كان نظر ولا يفسخ، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين الأرض والدار.

وفي «دك» و«دص»: أن الناظر يكري الأربعة أعوام في الأرض إذ لا خراب يلحقها وأما الدار فلا تكري لأكثر من عام؛ لأنه يلحقه الخراب وهذا كله في غير من مرجعها له وفي غير ضرورة الإصلاح وإلا فكما سبق والضمير في غيره عائد على الموقوف عليه أي: وناظر غير الموقوف عليه يكري أربعا وغير صفة لناظر أو حال منه والموقوف عليه مبتدأ وستين معمول لمحذوف هو الخبر أي: والموقوف عليه

الناظر يكري ستين والناظر غير الموقوف عليه يكري أربعا؛ لأن بموته لا تنفسخ الإجارة، بخلاف الأول وناظر غيره عطف على الموقوف عليه واربعا عطف على ستين ففي كلامه العطف على معمولين لعاملين مختلفين وأفهم قوله: (ناظر غيره) أن الموقوف عليه ناظر أيضًا وهو كذلك كما قدمنا.

وبعبارة: إذا كان الوقف على معين كفلان وأولاده فإن الناظر عليه لا يجوز له أن يكريه أكثر من سنتين وإن كان على غير معين كالفقراء والعلماء فإنه لا يكريه أكثر من أربعة أعوام إن كان أرضا ولا أكثر من عام إن كان دارا ونحوها فإن اكري أكثر من ذلك مضي إن كان نظرًا ولا يفسخ. قاله ابن القاسم. اهـ من «دك».

• ص:

ولا يفرق إلا الماضي.

• ش:

يعني: أن الناظري لا يفرق على المستحقين إلا الماضي من الغلة وهذا في الحبس المعقب بأن كان على قوم معينين وأولادهم لاحتمال طرو مستحق آخر كمن يولد بعد التفرقة، بخلاف ما إذا كان الوقف على غير معينين كالفقراء والعلماء ونحوهم فإنه يفرق عليهم الماضي والمستقبل الأمن من حرمات من يستحق وإعطاء من لا يستحق إذ لا يلزم التعميم في ذلك ومثل المعينين المدرسون وخدمة المسجد ونحوهم والواحد منهم كالأجير له بحساب ما عمل سواء كان الوقف خراجيا أو هلاليا.

وبعبارة: إذا كان الوقف على معينين وأولادهم فلا تفرق عليهم إلا الغلة الماضية إذ لو فرقت عليهم الغلة المستقبلة لأدي ذلك إلى حرمات من يولد وإعطاء من لا يستحق إذا مات أما إن كان على غير معينين كالفقراء والقراءة فإنه يجوز للناظر كراوه بالنقد المعجل وتفرقته عليهم لعدم لزوم التعميم، والله أعلم.

***

باب [في الهبة والصدقة والعمرى وما يتعلق بذلك]

والمناسبة بين ما ذكر وبين الوقف ظاهره وهي المعروف والخير ونفي العوضية وأما هبة الثواب فكالبيع؛ ولذا ذكرها آخر الباب كالتبع، وأصل الهبة الندب لما فيها من المحبة وتأليف القلوب وقد يعرض لها الوجوب كالهبة للمضطر والحرمة كان يهب لمن يستعين بها على المحرم والكراهة كهبة حر لأكله وكان يشتري بها دخانا على القول بكراهة ابن عبد السلام ويستحب كون الصدقة من أنفس ماله وكونها في الأقارب.

والهبة مصدر يقال: وهبت له كذا وهبا بإسكان الهاء وفتحتها وهبة والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيها، والاتهاب قبول الهبة، والاستيهاب سؤال الهبة، وتواهب القوم إذا وهب بعضهم لبعض، ووهبته كذا لغة قليلة، والكثير لعديته بحرف الجر كقولك: وهبت له كذا، ويقال: رجل وهاب ووهابه، أي: كثير الهبة لأمواله. ذكره «خ» في تصريف هذه المادة.

وعرف ابن عرفة العطية التي الهبة أحد أنواعها فقال: تمليك متمول بغير عوض إنشاء.

وقوله: متمول؛ أخرج به تمليك غيره كتمليك إلا نكاح في المرأة لمن يتولى أو تمليك الطلاق لمن يطلق عنه.

وقوله: بغير عوض؛ أخرج به البيع وغيره من المعاوضات.

وقوله: إنشاء؛ أخرج به الحكم باستحقاق وإرث إرثه؛ لأنه تمليك متمول بغير عوض إلا أن التمليك في العطية فيه إنشاء التمليك لا تقرير لما ثبت، بخلاف الحكم في الاستحقاق المذكور فإنه تقرير لما ثبت ويدخل في العطية العارية والحبس والعمرى والهبة وتحتها كالحيوان للإنسان والغرس إن كان ما تحتها أنواعا ونوع لها كالإنسان للرومي والزنجبي إن كان ما تحتها أصنافا.

ثم قال: والهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض والصدقة

كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطي أخرج به الصدقة فإنها لوجه الله فقط أو لإرادة الثواب مع وجه المعطي على الخلاف في ذلك.

وقوله: بغير عوض؛ أخرج به هبه الثواب، ثم قال: وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي.

وقد عرَّف «المص» الهبة والصدقة بقوله:

● ص:

الإعطاء بلا قصد عوض لوجه المعطي هبة وللآخرة صدقة.

● ش:

يعني: أن إعطاء الشيء بلا قصد عوض عليه إن كان لوجه المعطي بفتح الطاء فهو هبة لغير ثواب وإن كان لثواب الآخرة لا لوجه المعطي فهو صدقة.

والحاصل: أن الإعطاء بلا قصد عوض جنس للهبة والصدقة، ويفترقان بالقصد والنية، فإن قصد به وجه المعطي فهبة، وإن قصد به ثواب الآخرة فصدقة، والمتبادر من الإعطاء إعطاء الذات؛ أي: تمليك الذات، وأما تمليك المنفعة فإما وقف وإما عارية إن قيد بزمن ولو عرفا، وإما عمري إن قيد بحياة المعطي بالفتح في دار ونحوها.

وقوله: (بلا قصد عوض) خرج به البيع ومنه هبة الثواب وستأتي فالتعريف لهبة غير الثواب وتسمي هدية والمراد بالصدقة الصدقة المندوبة بدليل أنه قدم الواجبة في بابها فلا يقال: إن تعريف الصدقة يشمل الزكاة؛ لأنها تسمي صدقة وأركان الهبة كالصدقة أربعة واهب وموهوب وموهوب له وصيغة وشرط الواهب أن يكون أهلا للتبرع وهو من لا حجر عليه فيخرج الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران والمريض والزوجة فيما زاد على الثلث لكن هبتها فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على إجارة رب الدين وأما السفيه والصغير والمجنون فهبتهم باطلة كالمرتد.

وشرط الموهوب أن يكون مملوكا للواهب فلا تصح هبة حر ولا مملوك للغير إلا إذا علق على ملكه وكأم الولد والمكاتب الأعلى تقدير عجزه وإن يقبل النقل شرعا

فلا تصح في غير ذلك كالاستمتاع بالزوجة وكام الولد والمكاتب الأعلى تقدير عجزه وكالشفقة والحبس فلا تصح الهبة في ذلك كله وشرط الموهوب له أن يكون أهلا؛ لأن يملك ما وهب له فتخرج بذلك الهبة للحربي وهبة المصحف والعبد المسلم للذمي والصيغة ما دل على التمليك وإن معاطاه.

تنبيه:

ابن رشد: اختلف في من وهب لرجل هبة أو تصدق عليه على أن لا يبيع ولا يهب والراجح أنه يعمل بالشرط والهبة والصدقة صحيحان وتكون الصدقة يبدأ المتصدق عليه بمنزلة الحبس لا تباع ولو توهب حتى يموت فتورث عنه. اهـ.

ولا يسري الشرط للوارث إذا ورثت؛ لأنه إنما نفاه لغرض خاص بالموهوب له وأما إن نفي البيع عن الشيء الموهوب مطلقًا كأن قال: لا يباع ولا يوهب فتقدم أنه يكون وقفا، ومقابل الراجح أن الشرط باطل. أفاده «حش» عن «عب».

● **ص:**

وان في مجهول.

● **ش:**

لما كان تعريف الهبة والصدقة المتقدم ذكره فيه أشعار بالصحة بالغ عليه بقوله: (وإن في مجهول).

يعني: أن الإعطاء على الوجهين السابقين صحيح ولو وقع في شيء مجهول ولو خالف الظن بكثير كان وهب له ما في الصرة يظنه درها فإذا هو دينار ولو كثر.

وبعبارة: تصح الهبة فيما يقبل النقل شرعا ولو مجهول لغدر أو العين سواء كان مجهولا لهما أو لأحدها كوهبتك ما في يدي أو جيبي أو بيتي أو حانوتي ونحو ذلك.

● **ص:**

وكلب.

● **ش:**

عطف على مجهول فهو في حيز المبالغة.

يعني: أن الهبة تصح ولو كان الموهوب كلبا لصيد أو حراسة وإن كان لا يصح

بيعه وأما غير المأذون في اتخاذه فلا يملك فلا تصح هبته وتصح هبة جلد الأضحية؛ لأنه يلزم من عدم جواز بيعه عدم التصرف فيه بكل وجه.

وبعبارة: يشترط في الموهوب أن يصح نقله في الجملة لا في جميع وجوه الانتقالات فتصح هبة جلد الأضحية والكلب؛ لأنه لا يلزم من امتناع نقلها على وجه خاص وهو البيع امتناع نقلها من جميع الوجوه وكذلك تصح هبة الأبق والمكاتب على تقدير عجزه.

وكذا تصح هبة ملك الغير على تقدير ملكه نحو: إن ملكت دار زيد فهي هبة لعمرو، وأخرجه التعليق من تبرع الفضولي الذي سبق بطلانه.

● ص:

ودين لمن عليه إن قبله.

● ش:

عطف على مجهول أيضًا؛ يعني: أنها تصح هبة الدين الشرعي لمن هو عليه إن قبله من هو عليه؛ لأن هبة الدين إبراء، فيشترط فيه القبول، بخلاف الإسقاط كالعتق والطلاق فلا يشترط فيه القبول فيقع العتق والطلاق ولو لم يقبل العبد والزوجة.

والفرق بين الإسقاط والإبراء أن الإسقاط إبطال لما في اليد، بخلاف الإبراء فإنه تبرع بماله ولا يضر في هبة الدين أو غيره تأخر القبول.

ابن عتاب: من سكت عن قبول صدقته زمنا فله قبولها بعد فإن طلب غلتها حلف ما سكت تاركا لها وأخذ الغلة. أفاده «حش».

● ص:

ولغيره وقبضه الإشهاد كرهته وجمعه بالمدين أكمل وفي دفع الذكر خلاف.

● ش:

قوله: (ولغيره) عطف على قوله: (لمن عليه) أي: وكذا تصح هبة الدين لغير من هو عليه وقبضه الإشهاد على الهبة فإذا أشهد على هبة الدين فالإشهاد عليها كقبضه من الواهب وحوزه عنه أي: فكان الموهوب له قبض الهبة وحازها فيختص بها إن

حصل للواهب مانع وإلى هذا أشار بقوله: (وقبضه الإشهاد).

وقوله: (كرهته) أي: رهنه الدين تشبيه بما قبله في إن قبضه الإشهاد.

يعني: أن الإشهاد على رهن الدين قبض له فيشهد على أنه رهنه وينزل الإشهاد على الرهينة منزلة قبض المرتهن وحوزه له فيختص به إن حصل للراهن مانع فمن له دين على زيد فرهنه لعمرو وأشهد على الرهينة فإنه ينزل الإشهاد عليها منزلة قبض المرتهن له كما نزل الإشهاد على هبة الدين منزلة قبض الموهوب له ولكن جمع الموهوب له أو المرتهن بالمدين مع الإشهاد والحمل من الإشهاد بدون جمع كما أشار لذلك بقوله: (وجمعه بالمدين أكمل) أي: أتم في حوز هبة الدين ورهنه وظاهره أن الجمع شرط كمال باتفاق.

وفي «بن»: قد قيل إنه شرط صحة وأما دفع الذكر الذي فيه الدين للموهوب له أو للمرتهن فهل هو حوز للدين أي: من جملة الحوز وشروطه فلا تتم الهبة كالإشهاد أو هو شرط كمال كالجمع بينهما وبين المدين على ما سبق في ذلك خلاف وإلى هذا أشار بقوله: (وفي دفع الذكر خلاف).

والحاصل: أنه لابد في صحة هبة الدين ورهنه من الإشهاد وأما الجمع بين الموهوب له والمرتهن وبين المدين فشرط كمال على الراجح وأما دفع الذكر أي: الوثيقة فهل هو شرط صحة أو شرط كمال في ذك خلاف وإنما اشترطت هذه الشروط لتكون بمنزلة الحوز.

وبعبارة: إذا وهب الدين لغير من هو عليه فكقبض الدين الرهن وقبضه الإشهاد والجمع ودفع ذكر الحق. أفاده «خ».

تنبيهان:

الأول: إذا قام بالدين شاهد واحد حلف الموهوب له لا الواهب؛ لأن الشخص لا يحلف ليستحق غيره وإن دفع المدين الدين للواهب بعد العلم بالهبة ضمن الدين للموهوب له أفاده «حش».

الثاني: لم يذكر «المص» قول الأصل وصحت من أهل التبرع؛ لأنه يستفاد مما سبق في الحجر. قاله «حش». وقد نبهنا على ذلك أول الباب.

● ص:

ورهن رضي مرتهنه أو لم يقبض وأيسر الراهن.

● ش:

عكف على المبالغ عليه أيضًا.

وقوله: (أو لم يقبض) أو فيه عاطفة على جملة (رضي مرتهنه) والمعطوف بها مقدر أي: أو لم يرض ولم يقبض الرهن.

وقوله: (وأيسر الراهن) الواو فيه واو الحال.

يعني: أنها تصح هبة الرهن لغير المرتهن إن رضي مرتهنه بهبة ويبقى دينه بلا رهن سواء أيسر الراهن أو أعسر وسواء كانت الهبة قبل قبض المرتهن للرهن أو بعده كان الدين مما يعجل كالعين والعرض أو لا، وكذا إذا لم يرض المرتهن ولكنه لم يقبض الرهن من الراهن والحال إن الراهن موسر فتصح الهبة ويبقى الدين بلا رهن؛ لأن عدم قبضه مظنة تفريطه وقيل يعجل له دينه كما في «حش».

قال «خ»: وإنما أبطلت الهبة الرهن مع تأخرها عنه؛ لأنه لو أبطلناها ذهب الحق جملة، بخلاف الرهن لو أبطلناه لم يذهب حق المرتهن.

ومفهوم (أيسر الراهن): أنه إذا أعسر ولم يرض المرتهن بالهبة فإنه يكون أحق بالرهن من الموهوب له ولا رجوع للموهوب على الواهب بشيء كما في «حش».

قال «خ»: وأما إن لم يرض أي: في حال عسر الراهن فلا تكون الهبة للموهوب له بل هي للمرتهن ولو قبضها الموهوب له. اهـ.

ومفهوم (لم يقبض): أنه إذا قبضه المرتهن ولم يرض بهبته فإنه يقضي على الراهن بفكه وتعجيل الدين إن كان الدين مما يعجل كعرض حال أو دنانير أو دراهم ويدفع الرهن للموهوب له كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

وقضى بفك ما قبض إن كان الدين مما يعجل.

● ش:

يعني: أن الرهن إذا قبض ولم يرض مرتهنه بهبة فإنه نقص يقضي على الراهن

بفكه وتعجيل الدين ودفع الرهن للموهوب له إن كان الدين مما يعجل وأيسر الراهن وعلم أنه يلزمه فكه كذا في الخَرَشي.

وأما لو وهبه وهو لا يعلم بذلك فلا يقتضي عليه بفكه وينفي لأجله إن حلف على نفي العلم وإلا قضى عليه بالفك.

ومفهوم قوله: (إن كان الدين مما يعجل): أن الدين إن كان مما لا يعجل كعرض مؤجل مؤجل أو طعام من بيع فإن المرتهن لا يجبر على قبض دينه ويبقى الرهن تحت يده لإنقضاء الأجل ولا يجبر على قبول رهن بدله فإذا حل الأجل وقضى الدين أخذه الموهوب له وإلا فالمرتهن أحق به في دينه.

● **ص:**

أو بفعل كإعطاء الولد شيئا.

● **ش:**

عطف على المبالغ عليه أيضًا وما قبل المبالغة في هذه الصيغة بالقول.

يعني: أن الإعطاء المتقدم لابد له من صيغة تدل عليه حتى يصح وسواء كانت الصيغة بالقول كوهبت وملكت وخذ هذا هبة أو كانت بالفعل كان يعطي الوالد من أب أو أم ولده الذكر أو الأنثى شيئًا تحلية أو غيرها ولو كان الولد كبيرًا فإذا مات الأب أو الأم أختص به الولد ولا يشاركه فيه بقية الورثة وإن لم يشهد بالتمليك ما لم يشهد بمجرد الإمتاع وأما تحلية الزوجة ومثلها أم الولد فمحمولة على الإمتاع فقط ما لم يشهد بالتمليك وهذا فيما يحليها به من عنده وأما ما يرسله لها هدية فالأصل فيه التمليك والمدار على القرائن والعادة. كما قال «حش».

وبعبارة: إذا أعطى الوالد من أب أو أم لولده الكبيرة أو الصغير الذكر أو الأنثى شيئًا فإنه يحمل على التمليك إلا أن يحصل إشهاد على الإمتاع ويستثنى من ذلك دعوى الأب إعارة ابنته في السنة فيقبل من غير إشهاد كما سبق في النكاح؛ لأن شأن النكاح الإعارة فيه. قاله «حش».

وقولنا فيما سبق: ولو كان الولد كبيرًا، هو ما نص عليه حاشية الخَرَشي، وقال: ويشمل ما لو جهز ابنته بجهاز عظيم ومات وأراد الأخوة قسمته فلا يجابون بل

تختص به البنت ولو لم يشهد بالتمليك على المعتمد ولا ينقص من ميراث البنت شيء في نظير ذلك. اهـ «حش».

ومن هذا القبيل شراء الكتب للولد المجاور فيقضي له بها فإذا طلب الورثة المقاسمة فلا يجابون لذلك.

ثم عطف على فعل أو تمليك قوله:

● **ص:**

لا إن قال له: ابنها ولو قال: داره فإن قال ذلك لأجنبي فتمليك.

● **ش:**

يعني: أن الوالد إذا قال لولده: ابنِ هذه العرصة دارا مثلا فإن ذلك لا يدل على التمليك، ولو قال: دار ولدي، بخلاف ما لو قال ذلك لأجنبي فإنه يحمل على التمليك والفرق أن الوالد يضيق ماله لولده لا للأجنبي عادة.

وبعبارة: لا تكون الهبة بقول الوالد لولده ابن هذه العرصة دارا مع قول الوالد داره أي: دار ولدي، وكذا قوله: أركب الدابة مع قوله: دابته لجران العرف بذلك للأبناء مع عدم إرادة التمليك، وكذا المرأة تقول ذلك لزوجها، بخلاف الأجنبي يقول ذلك لغيره ثم يقول داره أو دابته فمحمول على التمليك لعدم جريان التعليل المتقدم فيه ثم للولد أو الزوج الباقي قيمة بناية منقوضا؛ لأنه عارية وانقضت بموت الوالد أو الزوجة. أفاده «دك».

فرع:

قال «حش» في شرح شيخنا التاودي على العاصمية: إن هبات البنات والإخوان لقرابتهن مع إشهاد عدم توريثهن باطلة فلهن الرجوع في حياتهن ولو ولورثتهن القيام من بعدهن لأنهن لو امتنعن من الهبات لا وجب ذلك أسأتهن وقطعن والغضب عليهن وعدم الانتصار لهن إذا أصابهن شيء من أزواجهن ولا فرق بين المتجالات ذوات الأولاد وغيرهن. قاله الباجي وأبو الحسن، ذكره المعيار وصاحب الدرر المنثورة وزاد: أنها ترجع في عين ما بيع ويقبل منها أن سكوتها لجهل أن الهبة تلزمها. اهـ.

● **ص:**

وحيزت جبرا.

● **ش:**

أي: وجيزت الهبة أي: حازها الموهوب له جبرا على الواهب للزومها بالقول فعلم من ذلك أي: من قوله: (جبرا) أنه لا يشترط في الحيازة الأذن من الواهب فلا يشترط التحويز، هذا معنى كلام «الش» ونصه: فعلم أنه لا يشترط الإذن. اهـ.

وقوله: فعلم؛ أي: من الجبر؛ أي: علم أنه لا يشترط إذن الواهب في الحوز وغرض «الش» بذلك الاعتذار عن تركه مع أن الأصل ذكره حيث قال: وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه. اهـ.

وبعبارة: إذا امتنع الواهب من الحرز أي: من تمكين الموهوب له من الهبة فإنه يرجع للحاكم ليجبره على تمكين الموهوب له منها.

قال «خ»: قال ابن عبد السلام: القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط.

قال ابن عرفة: وحقيقة الحرز في عطية غير الابن رفع تصرف المعطي في العطية بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه كالحبس انتهى.

ولابد من معاينة البينة للحرز في الحبس والهبة والصدقة والرهن انتهى المراد منه.

وإنما أجبر الواهب على حيازة الهبة للموهوب؛ لأن الهبة يقضي بها إذا كانت على وجه التبرر لمعين؛ لأن إن خرجت مخرج الإيمان بالتعليق فمن خرج بكسرة لسائل معين لم يجز له أكلها ولا دفعها لغيره حيث بتلها له لا إن نوى الإعطاء فقط كما في جواب ابن رشد لسؤال أرسله له عياض والفرق بين التبتيل بالنية وبين الإعطاء أنه عبر عن التبتيل بعبارة قال: أعطيت، وإن عبر عن نية الإعطاء قال: أريد أن أعطي.

قال الحطاب: إعمال التبتيل بالنية مبني على أحد القولين في إعمال الكلام النفسي في الطلاق ونحوه فإن ذهب السائل ولم يجده فالأحسن صرفها لغيره وإن

أخرجها له لا من حيث خصوصه بل مطلق صدقه لفقير وجب إعطاؤها لغيره كما إذا خرج بمطلق صدقة. أفاده «حش».

● ص:

وأبطلها المانع قبله.

● ش:

ضمير (أبطلها) للهبة، وضمير (قبله) للحرز المفهوم من قوله: (وحيزت).

والمانع أحد أمور أربعة:

الأول: ثبوت دين محيط بمال الواهب سواء كان قبل الهبة أو بعدها.

الثاني والثالث: جنون الواهب أو مرضه إذا اتصلا بموته.

والرابع: موت الواهب فتبطل بموته وإن مات قبل إيصالها للموهوب له إذا استنصحها أو أرسلها له فمتى حصل للواهب مانع من هذه الموانع قبل حوز الهبة فإنها تبطل لفقد شرطها قبل وهو الحرز قبل المانع.

وبعبارة: إذا جن الواهب أو مرض واتصل جنونه أو مرضه بموته فإنها تبطل الهبة ولو حازها الموهوب له حال المانع؛ لأن شرط الحرز حصوله قبله ولا تخرج من ثلث ولا غيره لوقوعها في الصحة، فإن لم يتصلا بموته بأن أفاق المجنون أو صح المريض لم تبطل ويأخذها الموهوب له وهذا يقتضي أنها توقف حتى يعلم أيفيق أو يصح قبل الموت أم لا وهو كذلك. اهـ «دك».

● ص:

وهبة حيزت.

● ش:

عطف على فاعل أبطل أي: وأبطل الهبة هبة حيزت أي: حازها الثاني نظرًا في الهبة الأولى إلى القول بأن الهبة لا تلزم بالقول.

وبعبارة: إذا وهب الهبة لشخص ثان وحازها الثاني قبل الأول فإنها تكون للثاني؛ لأنه تقوى جانبه بالحيازة لها ولا قيمة على الواهب للأول وسوء علم الأول وفرط أو لا مضى من الزمن ما يمكنه فيه القبض أو لا.

● ص:

وعتق الواهب واستيلاده ولا شيء على الواهب.

● ش:

عطف على فاعل أبطل أيضًا؛ يعني: أن الهبة يبطلها عتق الواهب قبل الحرز سواء كان العتق ناجزا أو مؤجلا أو تدبيرا أو كتابة وسواء علم الموهوب له بالهبة أو لا لتشوف الشارع للحرية ولا قيمة له على الواهب.

وكذا تبطل الهبة باستيلاد الواهب للأمة الموهوبة إن حملته منه قبل الحرز ولا يغيبها الوطئ من غير حمل كالوصية كما يأتي ولا يعود على ما في الخَرَشي و«عب» هنا من أن مجرد الوطئ يبطل الوصية وإذا بطلت الهبة بالاستيلاء فلا قيمة للموهوب له على الواهب، فقوله: (ولا شيء على الواهب) راجع للفروع الثلاثة قبله وهي قوله: (وهبة حيزت وعتق الواهب واستيلاده).

● ص:

وموته أو المعين له إن لم يشهد على ما أرسل أو استصحب أو دفع ليتصدق به.

● ش:

قوله: (وموته) عطف على فاعل (أبطل) والضمير للتبرع من واهب أو متصدق بدليل قوله: (أو دفع ليتصدق به) أي: وأبطل الهبة موت الواهب أي: التصدق.

وقوله: (أو المعين له) عطف على الضمير المضاف إليه أي: موت أي: أو موت المعين له وله جار ومجرور نائب فاعل المعين فلذا لم يؤنث الوصف بحيث يقول المعينة له؛ لأنه ليس فيه ضمير الهبة والمعين له في قصد الواهب بالهبة عينه لا وارثه.

وقوله: (أو استصحب أو دفع) فعلان ماضيان معطوفان على جملة أرسل الواقعة حيلة لما المجرورة بعلى العائد محذوف أي: على ما أرسله أو استصحبه أو دفعه.

والمعنى: أن الشخص إذا أرسل هبة لمعين أو استصحبها له معه في سفره أو دفع ما لا ليتصدق له به على الفقراء فمات الواهب قبل وصوله أو وصول رسوله أو مات المتصدق قبل التصدق بما دفعه للصدقة أو مات المعين له فإن الهبة أو الصدقة

تبطل بموت الواهب أو المتصدق أو موت المعين له لعدم الحرز قبل المانع في موت الواهب والمتصدق ولعدم القبول في موت المعين له ومحل البطلان إن لم يشهد على ما أرسله أو استصحبه أو دفعه للصدقة أما إن أشهد حين الإرسال أو الاستصحاب أنها لفلان فلا تبطل بموت الواهب ولا بموت المرسل إليه ويقوم وارثه مقامه، وكذا إن أشهد حين الدفع أنها صدقة فإنها لا تبطل بموت المتصدق؛ لأن الإشهاد يقوم مقام الحرز فإشهاده على واحد من الثلاثة كاف إذا مات والمال بيده كله وهذا في المتبرع في الصحة وأما المتبرع في المرض فينفذ تبرعه من الثلث من غير حاجة لحرز. كما لـ«بن» ردا على «عب»، قاله «حش».

ومفهوم المعنى له: أنه إن لم يقصد عينه بل قصده هو وذريته كطعام حمله إليه لكثرة عياله أو قال: هذه الهبة لفلان إن كان حيا ولوارثه إن كان ميتا فهذه فإنها لا تبطل بموت غير المعين فتكون لورثته سواء استصحب أو أرسل وسواء أشهد حين الاستصحاب أو الإرسال أو لا.

والحاصل: أن صور الإرسال والاستصحاب ستة عشر؛ لأن الموهوب له إما معين أو غير معين وفي محل إما أن يرسل له أو يستصحب وفي كل من هذه الأربع إما أن يموت الواهب قبل وصوله أو وصول رسوله أو بموت الموهوب وفي كل من هذه الثمانية إما أن يشهد على ما استصحب أو أرسل بأنه لفلان أو لا فهذه ستة عشر صورة فإذا أشهد لم تبطل في صورة الثمانية وهي ما إذا استصحب أو أرسل قصد عين الموهوب له أم لا فهذه أربع وفي كل إما أن يموت الواهب أو الموهوب فهذه ثمانية لا تبطل فيها الهبة لتنزيل الإشهاد منزلة الحرز وهذه الثمانية هي مفهوم قوله: (إن لم يشهد) فإن أشهد لم تبطل الهبة بموت أحدها وإذا لم يشهد بطلت الواهب في صور أربع وهي ما إذا أرسل أو استصحب كان لمعين أو فخيره وبموت الموهوب في صورتين وهما أن يكون معينا سواء أرسل إليه الواهب أو استصحب له فإن كان غير معين لم تبطل بموته في الصورتين أي: صورتي الإرسال والاستصحاب فهذه ثمان صور أيضا في عدم الإشهاد فالجملة ستة عشر صورة تصح الهبة في عشرة منها وتبطل في ستة هذا إيضاح ما يتعلق بالإرسال والاستصحاب وأما ما

يتعلق بدفع المال لمن يتصدق به عنه فحاصله على ما في «دك» إن من دفع مالا في صحته أو مرضه لمن يتصدق به على الفقراء أو لم يشهد حين الدفع حتى حصل مانع من موت أو غيره قبل إنفاذه أو إنفاذ شيء منه فإن الصدقة تبطل ويرجع جميع ما دفعه أو ما بقي منه له أو لوارثه بعد المانع فإذا أنفذ الوكيل شيئًا منه بعد الموت ضمنه إن علم بالموت وإلا فخلاف هذا إن لم يشهد أما إن أشهد حين الدفع للوكيل ومات المتصدق لم تبطل وتنفذ من رأس مال الصحيح وثلث المريض.

• ص:

وإن باع قبل علم الموهوب ففضولي وبعده الثمن للموهوب.

• ش:

يعني: أن الواهب إذا باع هبته بعد عقدها وعلم وقبل علم الموهوب بالهبة فإنه يكون فضوليا في هذا البيع فللموهوب نقضه وأخذ الهبة وله إجازته وأخذ الثمن وأما إذا باعها بعد علم الموهوب بالهبة مضى البيع والثمن للموهوب له على أرجح الروايتين وهذا إذا فرط بعد العلم في حوزها أما إذا لم يفرط في الحرز فله رد البيع وأجازته وأخذ الثمن كما لو لم يعلم.

• ص:

وصح قبول المودع في المرض لا بعد الموت.

• ش:

قوله: (المودع) بالفتح والمستعير أولى منه في هذا الحكم؛ لأنه قبض لحق نفسه.

وقوله: (لا بعد الموت) أي: موت الواهب ومثله الفلس بل أولى منه فيما يظهر؛ لأن الغرماء يقدمون على الورثة أفاده «حش».

وقوله: (في المرض) أي: مرض واهبه.

يعني: أن من وهب وديعته للمودع أو وهب عاريته للمستعير ثم مرض فقبل المودع أو المستعير الهبة في مرض واهبه فإن قبوله يصح في مرضه أما إذا قبل بعد موت الواهب أو فلسه فإن قبوله لا يصح فإذا ادعى بعد الموت أنه قبل قبله ونازعه

الوارث فلا يفيده ذلك لعدم الحرز ولم يعتبر حوزه السابق لكونه كان فيه أمينا فيده كيد صاحبها فيه فكأنها باقية عند ربها لموته.

● **ص:**

والقبض للتروي حوز.

● **ش:**

يعني: أن الموهوب إذا قبض الهبة ليتروى في أمره هل يقبل أو لا فإن قبضه للتروي حوز للهبة فإذا قبل بعد الموت صح حوزه.

وبعبارة: يصح القبول بعد مرة الواهب إن كان الموهوب له قبض الهبة قبل الموت ليتروي في أمره هل يقبلها أم لا ثم بدا له القبول بعد الموت والفرق بين هذه وبين التي قبلها وهي قبول المودع بعد الموت أن المودع استمر على القبض الذي هو أصله الوديعة وفي هذه حصل إنشاء القبض بعد الهبة ولا شك أنه أقوى. أفاده «خ».

● **ص:**

كالجد فيه.

● **ش:**

تشبيه بما قبله في أنه حوز وضمير (فيه) للحوز؛ يعني: أن الجد في الحوز كالحوز ومن الجد في الحوز السعي في تزكية الشاهد بالهبة إذا أنكرها الواهب فلذا لم يذكر «المص» قول الاصل: أو في تزكية شاهده.

وبعبارة: إذا جد الموهوب له في حوز الهبة والواهب بسيوفه حتى مات هذا الواهب فإن ذلك حوز تتم به الهبة وولا تبطل بموته.

وكذا لا تبطل الهبة إذا أنكرها الواهب وأقام الموهوب له في تزكيتها فمات الواهب قبل التزكية فإن الهبة ماضية وذلك حوز ولو طال زمن التزكية كما هو ظاهر الأصل.

وقوله: (كالجد فيه) قال «حش»: من ذلك ما في السيد.

فرع:

في المتيطي: من وهب إبقاء فلم يتمكن منه الموهوب له إلا بعد موت الواهب صح ذلك ولزم.

● **ص:**

والعتق إن أشهد.

● **ش:**

عطف على الجد؛ يعني: أن العتق من الموهوب كالحرز إذا أشهد عليه ولو لم يعلن عند حاكم بالعتق، بخلاف البيع والهبة فلابد فيهما من الإعلان كما يأتي وإنما يشترط الإعلان في العتق لتشوف الشارع للحرية.

وبعبارة: إذا أعتق الموهوب له الرقية الموهوبة ولو لأجل قبل قبضها من الواهب فإن عتقه فيها ماض وينزل ذلك منه منزلة الحوز إذا أشهد على ذلك، وظاهره أن الكتابة والتدبير لا يعتبران وهو كذلك.

● **ص:**

كالبيع والهبة إن أعلن.

● **ش:**

تشبيه بما سبق في الكفاية عن الحوز بشرط الإشهاد وإنما قرن البيع والهبة بكاف التشبيه ولم يعطفهما على العتق ليرجع قيد الإعلان لما بعدها فقط.

يعني: أن الموهوب له إذا باع الهبة أو وهبها لآخر قبل قبضها من الواهب فإن ذلك كاف عند الحوز وإن لم يقبضها المشتري أو الموهوب له بشرط أن يشهد على ذلك ويعلن عند حاكم أو جماعة المسلمين بما فعله.

قال «خ»: وانظر ما فائدة الإعلان مع الإشهاد وله بمثابة الحوز والإشهاد لا إثبات ما ادعاه. اهـ.

● **ص:**

وحوز الوارث إن لم يرد مورثه ولم تقصد عينه.

● **ش:**

عطف على البيع فيقيدان حوز الوارث كاف عن حوز المورث، قال ابن عمر: وهذا في الهبة والتطوع من الصدقات وأما الصدقة الواجبة أي: الزكاة فلم أجد جوابا هل الورثة يقومون مقام مورثهم فيها أم لا. انتهى بتوضيح.

قال «الش»: ولعل الأظهر أن لا يقوموا مقامه حيث لم يكونوا مستحقين. اهـ.

وقوله: (إن لم يَرُد) بفتح حرف المضارعة وضم الراء مبني للفاعل وهو مورثه فيرد من الرد ضد القبول لا من الإرادة وعدم رد المورث يصدق بعد علمه الذي ذكره الأصل وتقصد بالبناء للمفعول وعينه نائب فاعل أي: لم يقصد الواهب عين المورث.

والمعنى: أن من وهب له شيء ولم يحزه حتى مات فحازه وارثه بعد موته فإنه ينزل حوز الوارث منزلة حوز المورث فلا تبطل الهبة بل هي نافذة فيأخذها الوارث من الواهب الصحيح بشرطين:

الأول: أن لا يرد مورثه قبل موته بأن لم يعلم بها في حياته أصلًا أو علم بها وقبلها أما إن علم بها في حياته وردها فلا يأخذها الوارث بل تبطل.

الثاني: أن لا يقصد الواهب بالهبة عين المورث أما إذا قصد عين المورث فلا يأخذها الوارث لما سبق من أن الهبة تبطل بموت الموهوب المعين فإن ادعى الواهب التعيين صدق بيمينه؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته وهذا معين قول «الش» شيخنا ويصدق الواهب في التعيين؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا منه ذكره في حاشية أبي الحسن. اهـ.

ومن فروع البطلان بفوات المعين من خرج بصدقة لمعين فلم يجد فإنه يأكلها وهذا إذا قصد بالصدقة عينه لا إذا قصده من حيث تحقق إطلاق التصدق فيه فإنه يعطيها لغيره؛ لأنها خرجت لله هذا أظهر ما قيل. اهـ من «الش» بتصرف.

وقوله: (فلم يجده) مفهومه: أنه إذا وجده لم يجز له أكلها ويتعين عليه دفعها له وهذا إذا ابتلها له كما سبق في جواب ابن رشد لعياض.

وقوله: يأكلها؛ استدرك عليه «حش» فقال: لكن الأحسن التصدق بها كما سبق. اهـ.

• **ص:**

والمخدم والمستعير والمودع ولو لم يعلموا.

• **ش:**

عطف على الوارث فيكفي حوزهم للموهوب والمخدم بفتح الدال، وكذا المودع.

يعني: أن من أخدم عبده لشخص أو أعاره أو أودعه شيئا ثم وهبه لشخص فمات الواهب قبل مضي مدة الأخدام أو الإعارة أو قبل أخذ الوديعة، فإن حرز المخدم والمستعير والمودع كاف عن حوز الموهوب فله أخذ الهبة، ولا كلام لوارث الواهب فليس له أن يقول: إن المانع حصل قبل حوز الموهوب؛ لأن حوز من ذكر كحوزه.

قال شراح الأصل: ويصح حوز المخدم والمستعير مطلقًا تقدم كل من الخدمة أو الإعارة على الهبة أو صاحبها أشهد على ذلك أم لا وأما لو تقدمت الهبة عليهما فالحق للموهوب له في المنفعة فلا يتأتى للواهب أخدام ولا إعارة. اهـ.

وحوز هؤلاء الثلاثة كاف عن حوز الموهوب إن علموا بأن ما تحت أيديهم وهبه ربه لغيرهم بل ولو لم يعلموا بالهبة على الراجح كما في الرماصي ومحشي الخَرَشي وغيرها.

واشتراط الأصل العلم في المودع بالفتح ضعيف وأغرب الخَرَشي في ذلك فزاد الرضا أي: رضى المودع بالفتح وهو غريب جدا.

● **ص:**

لا غاصب إلا أن يرضى.

● **ش:**

عطف على الوارث مخرج من حكمه وهو صحة حوز غير الموهوب وكفايته عن حوز الموهوب أي: لا يصح ولا يكفي حوز عاصب... إلخ.

يعني: أن رب الشيء المنصوب إذا وهبه لغير الغاصب فإنه لا يصح حوز الغاصب للموهوب؛ لأن حوزه معدم شرعا والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا إلا أن يرضى الواهب بحوز الغاصب للموهوب فيصير كالمودع. أفاده «الش» و«حش».

وبعبارة: لا يصح حوز الغاصب للموهوب علم الغاصب بالهبة أو لا، قال مالك: لأن الغاصب لم يقبضه للموهوب له ولا أمره الواهب بذلك.

وقوله: ولا أمره بذلك؛ يقتضي أنه لو أمره به لجاز إن رضى الغاصب بالحوز للموهوب له ويصير كالمودع. قاله «دك» و«خ».

• ص:

ومرتهن ومستأجر إلا أن يهب الأجرة.

• ش:

عطف على غاصب مشارك له في حكمه وهو عدم صحة الحوز.

يعني: أن الشيء المرهون أو المستأجر إن وهبه ربه لغير المرتهن والمستأجر بالكسر فيهما فإن حوز المستأجر والمرتهن للموهوب لا يصح لبقاء استيلاء الواهب فإذا مات الواهب فالرهن لورثته فلهم أن يفتكوه و إن يتركوه للمرتهن، وكذا الشيء المستأجر والفرق بين المستأجر والمستعير إن الإجارة في نظير معاوضة مالية فهي لازمة للمستأجر ليس له الرجوع عنها، بخلاف العارية فليست لازمة للمستعير فله الرجوع عنها فلذا كان حوزه حوزا للموهوب له ومحل عدم صحة حوز المستأجر للموهوب له إذا لم يهب الأجرة أيضًا لمن وهب له الذات أما إذا وهب له الأجرة وكانت هبتها له قبل قبضها من المستأجر وصار الموهوب له هو الذي يتولى قبضها من المستأجر بنفسه فإنه يصح حوز المستأجر له لعدم جولان يدا الواهب كما أشار لذلك بقوله: (إلا أن يهب الأجرة) أي: إلا أن يهبها له قبل قبضها.

وأما لو وهبها بعد قبضها من المستأجر فلا يكون حوز المستأجر حوزا له أي: للموهوب؛ لأنها بالقبض صارت مالا مستقلا لا علقة لها بالمستأجر حتى تصح حوزه للموهوب فالمراد بقوله: (إلا أن يهب الأجرة) أن تقع هبتها له قبل قبضها لا بعده.

• ص:

ولا إن عادت له قبل السنة.

• ش:

المعطوف بلا محذوف أي: ولا واهب إن عادت الهبة له قبل السنة والمعطوف عليه هو قوله: (لا غاصب) أي: أنه لا يكفي حوز غاصب ولا حوز واهب إن عادت له الهبة قبل تمام سنة من حوز الموهوب فإذا حصل للواهب مانع قبل رجوعها للموهوب له لم يقض له بأخذها بل بعدمه لبطلان حوزه برجوعها للواهب عن قرب

أما إذا لم يحصل للواهب مانع فللموهوب له أخذها منه خيرا عليه ليتم الحوز الأول.

ومفهوم (قبل السنة): أنها إذا عادت له بعد السنة لم يبطل الحوز كان للهبة غلة أو لا لطول مدة الجيارة.

وبعبارة: إذا حاز الموهوب الهبة ثم بعد ذلك رجعت إلى واهبها قبل سنة فإنها تبطل، بخلاف ما إذا عادت إليه بعد سنة فإنه لا يضر للطول، وظاهره أنه لا فرق بين هبته لمحجوره وغيره، وهو ما رجحه «بن» ورد على «عب» في قصر ما هنا على غير المحجور. انظر «حش».

ثم إن العود هذا إما بإجارة أو إرفاق كإعارة أو إخدام أو عمري وإما لو رجع الواهب إليها مختفيا عن الموهوب له بأن وجد الدار خالية فسكنها ولم يعمل الموهوب له بذلك حتى مات فيها أو رجع إليها ضعيفا أو زائرا للموهوب له فمات الواهب فيها فإنها لا تبطل الهبة رجع قبل سنة أو بعدها كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

لا إن رجع مختفيا أو ضيفا فمات.

● ش:

قوله: (لا إن رجع) عطف على قوله: (إن عادت) وفي الكلام حذف يفهم من ذوق السياق أي: أن الهبة تبطل إذا عادت لواهبها بإجارة أو إرفاق لا إن رجع الواهب إلى داره التي وهبها مختفيا أو ضيفا أو زائرا بعد أن حازها الموهوب فمات الواهب فيها فلا تبطل هبتها سواء رجع إليها عن قرب أو بعد.

● ص:

وكفى الإشهاد في هبة أحد الزوجين الآخر.

● ش:

يعني: أن أحد الزوجين إذا وهب للآخر شيئا فإنه يكفي في حوزه الإشهاد بالهبة وإن لم ترفع عنه يد الواهب فلا يشترط القبض الحسي بينهما وهذا فيما تدعو الضرورة لاشتراكهما فيه ما عدا دار السكنى ففيها تفصيل أشار له بقوله:

● ص:

كهي دار سكناها لا العكس.

● ش:

تشبيه بما قبله في كفاية الإشهاد عن الحوز والكاف جارة لمصدر محذوف مضاف لضمير الزوجة المعلومة مما سبق والضمير الذي دخلت عليه الكاف عائد على الزوجة وهو مؤكد لضميرها المحذوف ودار مفعول لذلك المصدر المحذوف المجرور بكاف التشبيه أي: كهبتها هي دار سكناها فإنه يكفي فيه الإشهاد عن الحوز.

يعني: أنه يكفي الإشهاد عن الحوز في هبة الزوجة دار سكناها لزوجها فإذا وهبت الزوجة دار سكناها لزوجها كفاه في حوزها الإشهاد على الهبة ما لم تشترط في صلب الهبة أن لا يخرجها منه وإلا فلا يجوز ذلك ولا يكفي الإشهاد كما رد به الرماصي على «عج» ولا يكون سكناه معها حوزا سواء كانت الهبة له أو لبنية كما في «حش» وأما اشتراط إلا يبيع فسبق أنه قرينة الحبس كما في «الش» وأما عكس هذه المسألة وهو ما إذا وهب الزوج دار سكناه لزوجته فلا يكفي في حوز الزوجة لها الإشهاد على الهبة فسكناه معها يمنع حوزها؛ لأن السكنى أصالة للرجال، قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦].

وبعبارة: تصح هبة الزوجة دار سكناها لزوجها، وأما هبة الزوج دار سكناه لزوجته فلا تصح، والفرق أن السكنى للرجل لا للمرأة؛ لأنها تبع لزوجها.

تنبيه:

إذا التزم الزوج لزوجته النصرانية أنها إن أسلمت كانت الدار الساكن بها معها لها فأسلمت فهي لها ولو مات قبل الحوز؛ لأن ذلك معاوضة. قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون وعيسى عن ابن القاسم، وقال مطرف: لابد من الحوز لأن ذلك عطية.

ومثل ذلك قوله لها: إن تركت الخروج مثلًا فلك كذا؛ فتركته فيلزمه، ويخرج على ذلك فيما يظهر قوله لابنه: اقرأ كذا ولك كذا وكذا مثلًا، وإذا التزم الرجل لصهره أن يسكنه دارًا فسكن ومات الرجل وله غرماء فلا كلام لهم حتى يحصل موت أو فراق،

لأن الإمتاع على حكم الهبة. أفاده «حش» عن الحطاب وغيره.

● ص:

ولا يضر بقاء ما أشهد على هبته لمحجوره مما تعرف عينه.

● ش:

يعني: أن الولي من أب أو وصي أو مقدم قاض إذا وهب لمحجوره الصغير أو السفيه أو المجنون شيئًا مما تعرف عينه كعبد أو دار أو دابة وأشهد على هبته للمحجور ثم أبقاه الولي تحت يده حتى حصل المانع فإن بقائه تحت يده لا يضر، بل هو حوز للمحجور؛ لأن الذي يحوز للمحجور وليه فإن بلغ رشيدًا أنشأ حوزا لنفعه كما في «بن» ردًّا على «عب».

ولا يشترط في صحة حوزه له صرف الغلة على المحجور كما أفتى به الغبريني وابن عرفة والرصاع، بخلاف الوقف على المحجور فيشترط في صحة حوز الولي له صرف الغلة على المحجور؛ لأن ثمرة الوقف في الغلة بخلاف الهبة فإنها تمليك الذات.

وفي «بن»: أن الأرجح أنه لابد من صرف الغلة هنا كالوقف.

وفي القلشاني على الرسالة: أن ابن عرفة أفتى بعدم اشتراط صرف الغلة في الوقف. قاله «حش».

وإذا صرف الولي على نفسه من الغلة فالظاهر ضمانه إلا الاعتصار. انظر حاشية الرسالة لشيخنا. قاله «الش».

واحترز بقوله: (مما تعرف عينه) عما لا تعرف عينه كالدراهم وسائر المثليات من مكيل أو موزون أو معدود ونحو لؤلؤ وزبرجد فإنه لا تصح فيه حيازة الولي للمحجور، ولابد من إخراجه عن حوزه قبل المانع وإلا بطلت الهبة ورجعت ميراثًا.

ولو ختم عليها مع بقائها عنده فلا يكفي الإشهاد فيما لا يعرف بعينه كما يكفي في الذي يعرف بعينه لأن ما يعرف بعينه يخرج من يده بالإشهاد بخلاف ما لا يعرف.

ولا يشترط في الشهادة على ما يعرف بعينه إحضاره للبينة ولا معاينة الحيازة ولا

صرف الغلة على المحجور على المعتمد الذي به العمل كما مر.

قال «الش»: ولابد من الحوز في غير ذلك، وهو محترز قول «المص»: (مما تعرف عينه) أي: ولابد من حيازة المحجور في غير ما تعرف عينه ولا تصح فيه حيازة الولي للمحجور.

واحترز «المص» بالمحجور عن غيره، فإن الهبة تبطل ببقائها تحت يد الواهب إلى حصول المانع سواء كانت مما يعرف بعينه أو لا.

والحاصل: أن الهبة لغير المحجور إذا بقيت تحت يد الواهب حتى حصل له مانع فإنها تبطل ولو أشهد فلا يكفي الإشهاد في غير المحجور، وأما الهبة للمحجور فلا يخلو إما أن تكون مما لا يعرف بعينه أو مما يعرف بعينه، فإن كانت مما لا يعرف بعينه وبقيت عند الواهب حتى حصل له مانع فإنها تبطل ولو أشهد عليها، وإن كانت مما يعرف بعينه فإما أن تكون دار سكناه أو غيرها، فإن كانت غير دار سكناه فلا يضر بقاؤها تحت يد الواهب إذا أشهد أو لم يشهد، وإن كانت دار سكناه فأشار له بقوله:

● ص:

إلا كسكناه الدار فتبطل بقدرها.

● ش:

هذا استثناء من قوله: (ولا يضر بقاء ما أشهد على هبته لمحجوره) وأدخل بالكاف لبس الثوب وتبطل بضم المثناه الفوقية وكسر الطاء المهملة فاعله ضمير يعود على السكنى.

يعني: أن تبعا ما أشهد على هبته لمحجوره تحت يده لا يضر إلا إذا كان ما وهبه للمحجور وأشهد عليه دار سكناه وسكنى بعضها فإن سكناه تبطل من الهبة بقدرها فقط وتصح الهبة في البعض الذي لم يسكنه إذا أخلاه من شراء غله وغايته البينة كذلك ثم يبقى ما أخلاه تحت يده ولا يشترط أخرجه من يده إلى أجنبي يحوزه مثل ما لا يعرف بعينه. كما قاله الرماصي ردا على ظاهر الأصل وبهرام، أفاده «حش».

وعلم بذلك أنه العبرة باخلاء البعض الذي لم يسكن من شواء غل الواهب وإن لم يكره المحجوره خلافًا فالظر الأصل.

وقوله: (فتبطل بقدرها) يفهم منه أنه إذا سكن الجميع بطل الجميع وهو كذلك إذا استمر ساكنا فيها حتى حصل المانع كما يبطل الجميع إذا لم يخل البعض الذي لم يسكنه من شراء غلة وإذا وهب ثوبه لمحجوره ثم لبسه فلبسه فيه يجري على تفصيل سكنى الدار.

قال «دص»: ومثل دار السكنى غيرها كالثياب يلبسها والدواب تركب.

● ص:

والأقل تبع.

● ش:

يعني: أن الأقل يتبع الأكثر في البطلان وعدمه فإن سكنى الأكثر بطل الجميع وإن سكنى الأقل صح الجميع وإن سكنى النصف فلكل حكمه كما مر.

وكذا ما لا يعرف بعينه إذا أخرج بعضه وأبقى بعضه بيده فإن الأقل يتبع الأكثر؛ ولذا قال «حش»: يجري ذلك التفصيل فيما لا يعرف بعينه إذا أخرج بعضه وأبقى بعضه بيده كما في البيان وفيما إذا وهب دورا وسكن واحدة منها وكانت أقل فتتبع ما أخلاه كما في «عب». اهـ.

قال المتيطي: فإن كانت الدار التي سكن تبعا لما لم يسكن والثياب التي لبست تبعا لما لم يلبس والناض الذي لم يخرجه تبعا لما أخرجه من يده وحازه الغير جاز وإلا لم يجرا. اهـ.

فعلم بذلك أن الإخراج عن اليد فيما لا يعرف كالاستعمال في غيره فتحصل أن حيازة الولي ما وهبه لمحجوره صحيحة إلا فيما لا يعرف بعينه وإلا في دار سكناه ما لم يخل الأكثر فإنه يصح الجميع وإن استعمل النصف بطل فقط وإن استعمل الأكثر بطل الجميع حتى فيما صح له حيازته والإخراج من فيما لا يعرف بعينه كالاستعمال في غيره وموضوع هذا التفصيل في المحجور ولو بلغ رشيد ولم يخر بعد وأما لو وهب دار سكناه لولده الرشيد فما حازه الولد ولو قل صح وما لا فلا

كالأجنبي والوقف كالهبة والصدقة يجري فيه التفصيل المذكور وإلى ما ذكرناه في الرشيد أشار بقوله:

● ص:

بخلاف الكبير.

● ش:

هذا مخرج من قوله: (والأقل تبع) أي: أن الأقل يتبع الأكثر فيما وهبه الولي للمحجور، بخلاف ما وهبه الأب لولده الكبير الرشيد وسكنى البعض فإن الأقل لا يتبع الأكثر في هبته له وإنما يبطل بقدر ما سكنه الأب فقط ولما ذكر الأصل هذا التفصيل السابق في دار السكنى.

قال «خ»: وكلام المؤلف في المحجور وأما لو وهب الأب دار سكناه لكبار ولده فلا يبطل منها إلا ما سكنه فقط ويصح ما وهب حازه الولد كان كثيرا ويسيرا والوقف مثل الهبة في ذلك. اهـ.

وفي «بن»: إذا سكن الأب إلا قل صح الجميع في الكبير أيضًا، والله أعلم.

ثم شرع يتكلم على العمرى فقال:

● ص:

والعمرى تمليك المنفعة حياة الموهوب مجانا.

● ش:

العمرى بضم العين المهملة وسكون الميم مقصورة مأخوذة من العمر أي: عمرا المعمر بالفتح لوقوع ظرفا لها فمعنى أعمرتك ملكتك هذا الشيء مدة حياتك وأفردها عن الهبة بالذكر إشارة للفرق بينهما إذ الهبة تمليك الذات وهذه تمليك المنفعة فلذا عرفها بقوله: (تمليك المفعة... إلخ). وخرج بالمنفعة تمليك الذات بعوض وبغيره، وخرج بحياة الموهوب حياة الواهب فلا يسمى عمري اصطلاحا وإن جاز ذلك ويخرج به أيضًا الحبس المؤجل بأجل معلوم.

وقوله: (للموهوب) أخرج به الوقف على زيد مدة حياته.

وقوله: (مجانا) أي: بغير عوض حال من تمليك أخرج به ما إذا كان هذا التمليك

بعوض فإنه حينئذ يكون إجارة فاسدة؛ لأنها لأجل مجهول وإنما كانت العمرى حقيقة في عمر الموهوب؛ لأنها التي ينصرف لها الاسم عند الإطلاق فلو قال: أعمرتك أو أعمرت زيدا داري حمل على عمر الموهوب وحكمها الندب وقد تعرض لها الكراهة كما إذا عمرها لمن يخشى منه فع المعصية والحرمة كما إذا تحقق منه فعل المعصية والوجوب كقول شخص لمالك داران لم تعمرها فلانا قتلتك وفيه بحث إذ المكره ليس بمكلف فلا يتصف فعله بوجوب ولا غيره ولا يشترط فيها لفظ الأعمار بل كلما دل على تمليك المنفعة في عقار أو غيره مدة حياة الموهوب كأعمرتك داري أو ضيفتي أو فرسي أو سلاحي أو أسكنتك أو أعطيتك ونحو لكن في أعطيت ونحوه لابد من قرينة تدل على الإعمار وإلا كانت هبة.

● **ص:**

ثم هي ملك للواهب أو من ورثه.

● **ش:**

ثم للترتيب أي: ثم بعد إنقضاء حياة الموهوب تكون العمرى بمعنى الشيء المعمر ملكا للواهب إن كان حيا أو لمن ورثه إن كان ميتا ولو تسلسل الوارث.

وقوله: (أو من ورثه) عبر فيه بالماضي إشارة إلى أن المراد من ورث بالفعل يوم الموت لا الإرث الفرضي يوم المرجع كما في «حش»؛ ولذا قال «دك»: والمراد وارثه يوم موته أي: المعمر بالكسر أي: لا وارثه يوم المرجع فلو مات عن أخ حر مسلم وولد كافر أو رقيق ثم أسلم الولد أو تحرر ثم مات المعمر بالفتح رجعت للأخ؛ لأنه الوارث يوم موت المعمر بالكسر لا للابن؛ لأنه إنما اتصف بصفة الإرث يوم المرجع وهو المعمر ولا يعتبر اهـ.

تنبيهات:

الأول: إذا قال المحبس لرجلين: هذا الشيء حبس عليكما وهو لآخر كما فهو حبس عليهما ما ذاما حبسين معًا فإذا مات أحدهما رجعت للآخر ملكا وأما لو قال: حبس عليكما فقط فإنه يرجع للآخر حبسا فإذا مات الآخر يرجع مراجع الأحباس وقيل يرجع ملكا للمحبس أو وارثه وهو الراجح ذكر ذلك الأصل وشراحه ولم

يذكره «المص» لتقدمه في بابه مع الجري على الراجح؛ ولذا اعتذر «الش» عن تركه فقال: وقد سبق فرع الحبس فيه؛ أي: في باب الحبس.

الثاني: ذكر «دص»: أن العمرى في الحروز كالهبة فإن حازها المعمر بالفتح قبل حدوث مانع للمعمر بالكسر نفذت وإلا بطلت.

الثالث: ذكر «الش»: أن العمرى تكون في الدور وغيرها وعزاه لـ«عب» وغيره فقال «حش»: في المدونة: إذا اعمره ثوبا زد له بعد موته فإن أذهبه الاستعمال فلا شيء لمالكه فإن كانت أرضا قد حرثها خير ربها بين أخذها ودفع أجرة الحرث لورثة المعمر وتسليمها وأخذ أجرة المثل وإن كان بها زرع وفات الإبان فللورثة ولا شيء عليهم.

● **ص:**

ومنع شَيْئَانًا للمتأخر موتا وهي الرقبى.

● **ش:**

(شَيْئَانًا) بالمد نائب فاعل (منع) فهو مرفوع بالألف لأنه مثنى شيء؛ أي: ومنع قول الرجلين مثلا شيئانا للمتأخر موتا منا، وهذه الصورة هي التي تسمى عند الفقهاء بالرُّقْبى بضم الراء وسكون القاف وبالباء الموحدة وهي من المراقبة لترقب كل منهما موت الآخر مثالها أن يملك كل وإنها وعبدا أو حدها دار أو الآخر عبدا ثم يقول كل واحد منهما لصاحبه إن مت أنت قبلي فدارك لي ملكا مع داري وإن مت أنا قبلك فداري مع دارك ملكا أو يقول كل واحد منهما لصاحبه إن مت قبلك فداري حبس عليك فلا تجوز الرقبى في ملك ولا حبس لما فيها من الخروج عن وجه المعروف إلى المخاطرة فإن وقع ذلك وأطلع عليه قبل الموت فسخ وإن لم يطلع عليه إلا بعد الموت رجعت له أو لوارثه ملكا ولا ترجع مراجع الأحباس لفساد العقد.

● **ص:**

وهبة نخل واستثناء ثمرتها مدة والسقي على الموهوب.

● **ش:**

عطف على نائب فاعل منع أي: ومنع هبة نخل مع استثناء الواهب ثمرتها مدة

معلومة، والحال أنه قد اشترط السقي في تلك المدة على الموهوب وعلة المنع الجهل بعوض السقي إذ لا يدري ما يصير إليه النخل بعد تلك المدة وهو في نظير سقيه.

وبعبارة: من وهب نخلا لشخص واستثنى الواهب ثمرتها لنفسه مدة معلومة واشترط سقي النخل على الموهوب في تلك المدة فإنه لا يجوز ذلك لأنه مخاطرة وبيع معين بتأخر قبضه؛ لأن سقيه للنخل خرج مخرج المعاوضة فإن وقع وأطلع على ذلك قبل التغير فسخ وردت النخل بثمرتها لربها ورجع الموهوب له بقيمة سقيه وعلاجه وإن فاتت بتغير ملكها الموهوب له بقيمتها يوم وضع يده عليها ورجع على الواهب بمثل ما أكل من الثمر إن عرف وإلا فبقيمته ومثل النخل كل شيء يحتاج لسقي وعلاج.

وقوله: (والسقي على الموهوب) جملة حالته كما علم مما قررنا.

ومفهومه: أنه لو كان السقي على الواهب لجاز، وكذا إن كان على الموهوب ولكن كان بماء الواهب. كما في «خ».

وقوله: (واستثناء) مفعول معه أي: مع استثناء ثمرتها أي: مع استثنائها كلها أما لو استثنى بعض الثمرة لجاز ذلك كما في «خ»؛ لأن قبض البستان حصل بقبض بعض الثمرة.

● ص:

أو فرس يغزو عليها مدة وينفق عليها ثم هي له.

● ش:

عطف على نائب فاعل منع أيضًا؛ أي: وكذا يمنع دفع فرس لمن يغزو عليها مدة معلومة بشرط أن ينفق عليها المدفوع له في تلك المدة من عنده ثم تكون الفرس بعد هذه المدة ملكا للموقوع له وإنما منع ذلك لأنه باع الفرس بالنفقة عليه في تلك المدة ولا يدري هل يسلم الفرس إلى ذلك الأجل أم إلا فتذهب النفقة باطلا وهو غرر ومخاطرة؛ ولذا علل «الش» هذا الفرع والذي قبله بقوه لخروجهما للمعاوضة على غرر، أي: وإنما منع لخروجهما... إلخ.

وبعبارة: لا يجوز للشخص أن يدفع فرسا لمن يغزو عليه سنين معلومة وينفق

عليه المدفوع إليه من عند في تلك السنين ويكون له بعْدها ولا يتصرف فيه تصرف الملاك من بيع ونحوه حتى يفرغ الأجل المذكور أي: أنه شرط عليه ذلك عند الدفع وينبغي إن أسقط الشرط وتكون لم أعطيت له الغرس له أو بأخذه منه ويؤدي للرجل ما أنفق عليه وإن مضى الأجل كانت الغرس للأخذ بتلا ولا قيمة عليه. أفاده الأصل وشراحه.

• ص:

وللأب نزع الهبة.

• ش:

يعني: أن الأب دنية إذا وهب لولده هبة فإنه يجوز له أن ينزعها منه خيرا عليه بلا عوض مطلقًا حازها الولد أو لا ذكرا كان أو أنثى غنيا أو فقيرا صغيرًا أو كبيرًا ولا يشترط لفظ الاعتصار على التحقيق لعدم تفرقه العامة له غالبا وليس في الحديث ما يدل على شرط لفظ الاعتصار فيكفي أن يقول رجعت فيما وهبته له أو أخذتها منه ونحو ذلك وخرج بالأب دنية الجد وغيره من الأقارب فلا يجوز لهم الرجوع في الهبة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد»[1].

وخرج بالهبة الصدقة فلا يجوز للأب ولا غيره انتزاعها ولو وقعت بلفظ الهبة والمسخة والعطية ونحو ذلك، وكذا الحبس لا يحل انتزاعه كما سيقول «المص» ولا ينزع ما أريد به وجه الله تعالى.

قال «خ»: واعلم أن الاعتصار مختص بالهبة وحدها وما في معناها من العطية والمسخة وما أشبه ذلك دون الصدقة والحبس وكذلك الهبة والعطية والمسخة وما أشبه ذلك إذا قال: هو لله تعالى أو جعله صلة رحم فلا اعتصار في ذلك كما أن الصدقة إذا شرط اعتصارها فله شرطه.

وعرف ابن عرفة الاعتصار بقوله: هو ارتجاع عطية دون عوض لا يطوع المعطي له. اهـ.

---

(١) أخرجه البيهقي في سنته الكبرى (١١٧٨٩).

• **ص:**

كالأم من ذي الأب لا إن طرأ يتمه على المذهب.

• **ش:**

تشبيه في جواز النزع ومن ذي الأب جار ومجرور متعلق بمحذوف يدل علمه نزع المتقدم أي: لها النزع من ذي الأب.

يعني: أن الأم لها نزع هبتها من ولدها ذي الأب ولو كان الأب فقيرا أو مجنونا وقت الهبة وهذا ما لم يطرأ على الولد اليتيم بعد الهبة بأن كان كبيرًا مطلقًا أو صغيرًا وبقى أبوه حيا حتى بلغ فإن طرأ عليه اليتم بعدها بأن كان صغيرًا ومات أبوه قبل بلوغه فليس لها نزعها منه على المذهب؛ لأن اليتم مفوت للاعتصار، واختيار اللخمي الذي في الأصل ضعيف؛ لأنه مخالف للائمة ولظاهر المدونة.

وحاصل ما اختاره اللخمي: أن الأم إذا وهبت ولدها في حياة أبيه فلها الاعتصار منه ولو طرأ عليه اليتم بعد الهبة فتأخذها منه بعد موت أبيه ولو بعد بلوغه؛ لأنها لم تكن بمعنى الصدقة حين الهبة لوجود أبيه حينئذ هذا ما أختاره اللخمي من نفسه وهو غير معول عليه والمعتمد إنها إذا وهبته في حياة أبيه فلها الاعتصار منه ما لم يمت الأب قبل بلوغه فإن مات قبل بلوغه فليس لها الاعتصار منه.

قال «الش»: ومعلوم أنه لا يتم إلا قبل البلوغ أي: فلا حاجة لتقييد طرأ واليتم بكونه قبل البلوغ وأما موت الأب بعد البلوغ فلا تسمى يتماثلها النزع من ولدها إذا مات أبوه بعد البلوغ، فقوله: (من ذي أب) أي: سواء كان وقت الهبة كبيرًا أو صغيرًا وسواء كان الأب والولد معسر ابن أو موسر ابن أو أحدهما وخرج بالأم غيرها كالجدة والأخت والخالة فلا اعتصار لهن وخرج بذي الأب اليتيم حين الهبة فليس لها الاعتصار منه ولو بلغ.

والحاصل: أن الأم لها اعتصار ما وهبته لولدها الكبير مطلقًا كان له أب أو لا، وأما ولده الصغير فإن كان يتيما حين الهبة فلا اعتصار لها منه ولو بلغ وإن كان ذا أب فلها الاعتصار منه إلا إذا طرأ عليه اليتم قبل بلوغه فليس لها الاعتصار منه، قال: فالحاصل أن الأم لها اعتصار ما وهبته لولدها غير اليتيم لا من يتيم ولو بعد الهبة.

● ص:

ولا ينزع ما أريد به وجه الله إلا بشرط وإن من أجنبي.

● ش:

يعني: أن كل ما قصد به وجه الله تعالى والدار الآخرة كالصدقة والحبس والعمرى والأخرام وصلة الرحم لا يجوز انتزاعه ولو وقع ما ذكر بلفظ الهبة سواء كان فاعل ذلك أبا أو أما أو أجنبيا إلا بشرط الرجوع في ذلك فله الرجوع عملا بالشرط وإن كان الشرط من أجنبي قصد بما أعطاه وجه الله تعالى كما أنه يعمل بشرط عدم الاعتصار في الهبة كما في «دك».

فإن قلت: إن سنة الصدقة عدم الرجوع فيها، يقال: وسنة الحبس عدم الرجوع فيه وإذا اشترط المحبس في نفس الحبس بيعه كان له شرطه. قاله «خ».

وعلم مما تعوز أن الهبة من الوالد أبا أو أما إذا قصد بها وجه الله تعالى صارت صدقة فلا يجوز اعتصارها إلا بالشرط وكذلك إذا أريد به صلة الرحم والحنان لكون الولد محتاجا أو بائنا عن أبيه أو خام ملايين الناس فلا تعتصر منه إلا بالشرط سواء كان كبيرًا أو صغيرًا. قال «الش»:

تنبيه:

ذكر الخرشي و«عب» أن الأب إذا أشهد على هبته لا يعتصرها. قال «بن»: ولم أرَ ذلك منصوصًا. اهـ.

وقوله: لا يعتصرها؛ جواب إذا أي: أنه إذا أشهد عليها لم يجز له اعتصارها ونص الخَرَشي هنا وكذلك لا اعتصار لأحدهما في الهبة إذا أشهد عليها على المشهور. اهـ.

وقوله: لأحدهما؛ أي: الأب والأم.

ثم شرع يتكلم على مفوتات الاعتصار فقال:

● ص:

وفات النزع بغير النقل وحوالة السوق كنسيان صنعة لها بال.

● ش:

قوله: (كنسيان صنعة) مثال لغير النقل وحوالة السوق.

يعني: أنه يفوت نزع الهبة من الولد بغير النقل وبغير حوالة السوق من المفوتات كبيع أو هبة أو عتق أو تدبير أو جعل الدنانير حليا أو زيادة في الذات معنوية كتعلم صنعة لها بال أو حسية ككبر صغير وسمي هزيل أو نقص معنوي كنسيان صنعة لها بال أو حي كهزال الكبير فمتى حصل شيء من ذلك عند الولد فإن على الوالد الاعتصار.

وكذا يفوت الاعتصار بخلط مثلي بغيره دراهم أو غيرها فليس للأب حينئذ اعتصارها ولا يكون شريكا للولد بقدرها وأما نقل الهبة من محل لآخر فلا يفوت به الاعتصار.

وكذا لا يفوت الاعتصار بحوالة الأسواق بزيادة أو نقص مع بقاء الذات.

قال ابن عرفة تغير الأسواق لغو.

تنبيه:

إذا فات الاعتصار لحصول نقص أو زيادة ثم زال النقص والزيادة فإنه يعود الاعتصار. المئونة المئونة شاءونا

قال «خ»: فلو زال النقص ورجع الزائد فإنه يعود الاعتصار.

• ص:

وبوطئ الثيب.

• ش:

عطف على قوله: (بغير النقل) أي: وفات النزع أيضًا بوطئ الولد الموهوب الأمة الثيب الموهوبة له إن كان بالغا أما غير البالغ فلا يفوت الاعتصار بوطئه ولو مراهقا ولو فات ويكفي في فوات اعتصار البكر مجرد الاقتصاص ولو كان للولد الذي اقتصها غير بالغ لنقصها إن كانت عليه وزيادتها إن كانت وخشا وكذلك تفوت الأمة لكتابة والتدبير والعتق ولو لأجل وإذا فات اعتصار الثيب بالوطئ ولي يفوت بالحمل. كما في «خ».

• ص:

وبالمعاملة.

• ش:

عطف على ما مر أيضًا؛ أي: وكذا يفوت النزع بالمعاملة من إنكاح ومداينة

والمراد بالإنكاح العقد فمتى عقد لذكر أو أنثى أو أعطيا دينا أو اشتريا شيئًا في ذمتهما بعد الهبة فات على الأبوين النزع، وهل يشترط في فوات النزع بالمعاملة أن يكون المقصود بها الهبة بأن لم يعامله الناس إلا لأجل يسره بالهبة فإن قصد بها مجرد ذات الولد لم تمنع الاعتصار أو يكفي في الفوات حصول المعاملة ولو لم تكن لأجل الهبة في ذلك خلاف رجح بعضهم الأول.

وعبارة «الش»: وفي اشتراط قصد الهبة فيه من الولد أو معاملة خلاف.

وقوله: فيه؛ أي: فيما ذكر من المعاملة.

وقوله: من الولد؛ متعلق بقصد.

وقوله: أو معاملة؛ عطف على اشتراط أي: وهل يشترط في الفوات بالمعاملة أن يقصد فيها من الولد الهبة أي: لم يعامل إلا لأجلها أو لا يشترط ذلك بل يكفي حصول المعاملة ولو لم تكن لأجل الهبة خلاف هذا معنى عبارته: ولا يكفي يخفي ما فيها من الصعوبة وعسر التركيب.

وبعبارة: إذا زوج الولد الصغير أو الكبير الذكر أو الأنثى أي: عقد له لأجل يسره بالهبة فات الاعتصار.

وكذا إذا تداين أو اشترى شيئًا في ذمته لأجل الهبة فإنه يفوت الاعتصار فلابد أن يكون قصد المزوج أو المدائن الهبة بأن يكون التزويج والمداينة لأجل يسره بالهبة أما إذا زوج أو دين لمجرد ذاته أو لأمر آخر غير الهبة ككونه غنيا أو كانت الهبة قليلة في نفسها لا يزوج ولا يداين لأجلها فإن التزوج والدين لا يفوتان اعتصارها فللأب أو الأم الاعتصار على المذهب.

● ص:

ويمرض الواهب أو الموهوب إلا أن يزول أو يهب فيه.

● ش:

عطف على ما سبق أيضًا؛ أي: وكذا يفوت النزع بمرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا إلا أن يزول مرض الواهب أو الموهوب الحاصل بعد الهبة فله الاعتصار بعد زواله وإلا أن يكون الواهب قد وهب في حال مرضه ومرض

الموهوب فإن له الاعتصار فيه وأما التعامل من إنكاح أو مداينة فيمنع الاعتصار ولو زال لانفتاح بابه أي: باب معاملة الناس؛ لأن التعامل يجري على شأنها.

والحاصل: أنه يفوت الاعتصار بالنكاح والدين والمرض فإذا زال المرض ساغ الاعتصار وأما إذا زال النكاح والدين فلا يسوغ الاعتصار والفرق بين المرض وبين النكاح والدين أن المرض أمر لم يعامله الناس عليه بل هو من عند الله تعالى فإذا زال عاد الاعتصار، بخلاف النكاح والمداينة فإنه أمر عامله الناس عليه فإذا زالا لم يعد الاعتصار نقل ذلك هذا الفرق صاحب التوضيح عن ابن القاسم وهذا الفرق يقتضي إن زوال الزيادة والنقص كزوال المرض وهو ما يفيده كلام «دك» وخ: وقول «المص» أو يهب فيه عطف على المستثنى كما علم مما قررنا أي: إلا أن يهب له في المرض فله الاعتصار ومثل ذلك ما إذا وهب له وهو متزوج أو مدين فإنه يجوز له الاعتصار كما في الأصل وشراحه.

● ص:

وكره ملك الصدقة بغير إرث.

● ش:

يعني: أن من تصدق على غيره بصدقة فإنه يكره له أن يملكها بغير إرث كشراء وهبة أو صدقة من متصدق عليه أو ممن وصلته له منه.

قال في التوضيح: ظاهر المذهب: ولو تداولتها الأملاك وسبق الترخيص في شراء العدية.

وكذا العمرى فيجوز للمعمر شراؤها لدفع الضرر الذي يلحقه بسكنى المعمر بالفتح في داره.

وكذا يرخص فيما تتسامح فيه النفوس من شربه المحبس من مائه الذي سلبه في طريق أو مسجد أو نحو ذلك وسبق أيضًا أنه يجوز ملك الصدقة إذا كانت لمعنى فات ولا فرق فيما ذكره «المص» بين أن يكون الواهب أبا أو أما أو أجنبيا واحترز بغير الإرث من ملك صدقته بالإرث فإنه لا كراهة فيه؛ لأنه جبري؛ لأن الإرث يدخل في ملك الإنسان جبرا عليه، واحترز بالصدقة من الهبة فإنه يجوز للواهب

تملكها على المشهور، وقيل: يكره شراؤها تنزيها.

وقوله: (وكره ملك الصدقة) ظاهره أنه يكره تنزيها وهو قول اللخمي وجماعة، وقال بعضهم: تحريما، وارتضاه ابن عرفة لتشبيهه في الحديث بأقبح شيء وهو الكلب يعود في قيئه، وقول اللخمي إنه شبه بغير مكلف فلا تتعلق به حرمة، وشنع عليه ابن عرفة بأن التشبيه به ليس من حيث عدم يكلفه بل لشدة التغيير.

وكما يكره للمتصدق ملك الذات يكره له ملك الغلة كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

ولا ينتفع بغلتها ولو أذن المعطَى ولو رشيدا على أظهر القولين فإن كان محجورا لغيره حرم.

• ش:

قوله: المعطي بفتح الطاء والأب والأم والأجنبي في ذلك سواء.

يعني: أن من تصدق بصدقه على ولده أو على أجنبي فإنه يكره له أن ينتفع بغلتها من ثمر أو لبن أو سمن أو صوف أو كراء أو طحن أو حرث أو حمل أو ركوب أو أكل أو قراة في الكتاب ولو أذن له المعطي ولو رشيدا على أظهر القولين فإن كان المعطي محجورا لغيره حرم عليه الانتفاع بالغلة ولو أذن المحجور لعدم اعتبار أذنه والذي في المدونة أنه لا يجوز لمن تصدق بصدقة على أجنبي أن ينتفع بأكل ثمرتها أو شرب لبنها أو ركوبها أو نحو ذلك وظاهرها المنع وهو ظاهران كان بغير رضى الأجنبي وأما برضاه فيحمل عدم الجواز على الكراهة. قاله «دك».

• ص:

وجاز إنفاق على أب افتقر من صدقته.

• ش:

حملة افتقر صفة لأب ومثله في ذلك الأم ومن صدقته جار ومجرور متعلق بانفاق.

يعني: أن الأب إذا تصدق على ولده بصدقة ثم افتقر فإنه يجوز للولد أن ينفق على أبيه من صدقته ولو كان للولاء مال غيرها لوجوب الإنفاق على الولد حينئذ،

فإن لم يكن عنده مال غيرها تعين عليه الاتفاق منها جبرا عليه.

• ص:

وتقويم رقبة تصدق بها لصغيره أرفع القيم للضرورة.

• ش:

عطف على فاعل جاز أي: وجاز أيضًا تقويم رقبة أنثى أو ذكر على الوالد الواهب.

وقوله: (أرفع القيم) مفعول مطلق مبني للنوع، وإنما جعلناه من باب المفعول المطلق مع أنه غير مصدر؛ لأنه نائب عنه لكونه صفة له والمفعول المطلق المبين للنوع ينوب عنه وصفه كسرت أحسن السير، كما في الأشموني عند قول الخلاصة:

وَقَدْ يَنُوبُ عَنْهُ مَا عَلَيْهِ دَلّ ... كَجِدَّ كُلَّ الْجِدِّ وَافْرَحِ الْجَذَلْ

وعامل النصب فيه قوله: (تقويم) لأنه مصدر، وقد قال في الخلاصة:

بمثله أو فعل أو وصف نصب ... وكونه أصلًا لهذين انتخب

أي: ينصب المفعول المطلق بمصدر مثله ولو بمعنى دون لفظ نحو يعجبني إيمانك تصديقا كما في الأشموني وما هنا من هذا القبيل ويصح أن يكون صفة لمفعول به محذوف والتقدير وتقويم رقبة قيمة أرفع القيم فأرفع بالنصب صفة لقيمة وهي مفعول المصدر وهو تقويم وقول «المص» للضرورة علة للجواز المستفاد من العطف.

والمعنى: أن الأب إذا تصدق برقبة على ولده الصغير فإنه يجوز له أن يقومها على نفسه بأرفع القيم ويدفعها للولد ويأخذ الرقبة للضرورة الداعية لذلك لكون نفس الأب علقت بالجارية أو بخدمة العبد حتى أنه إذا لم يأخذه بالقيمة لتعدي ووطئ الجارية أو استخدم الهبة بلا شيء وارتكب الحرام فالضرورة في الأمة غير الضرورة في العبد والأم كالأب فلها التقويم في العبد والأمة لضرورة لخدمة. وفي «دك»: أن مثل الصغير السفيه.

واحترز «المص» بصغيرة عن صغير غيره فليس له ذلك واحترز بالصغير عن الولد الكبير فليس لأبيه ولا لأمه ذلك وأولى الأجنبي فإذا تصدق على أجنبي كبيرًا أو

صغير برقبة فليس له تقويمها عليه ويكفي الأب تقويمها بنفسه ولا يشترط عدول.

وذكر «خ»: أنه يشترط إشهاد الأب على أنه إنما أخذها بثمن لا باعتصار ثم إن هذا في الصدقة ومثلها الهبة التي لا تعتصر لكونه شرط على نفسه عدم الاعتصار مثلا فإن كانت تقتصر وامتنع الواهب من الاعتصار وطلب أخذها بالعوض فهل يأخذها بقيمتها أوله أخذها بأقل من قيمتها. استظهر «خ» الأول.

● ص:

وجاز شرط الثواب.

● ش:

يعني: أنه يجوز للواهب أن يشترط للثواب أي: العوض على هبته سواء عين الثواب أو لا نحو وهبتك هذا بمائة أو على أن يبني عليه وتسمى هبة ثواب أي: عوض وأصله من ثاب إذا رجع فكان المثيب يرجع إلى المثابر مثل ما دفع.

● ص:

ولزم المعين بالقبول.

● ش:

(المعين) فاعل لزم وهو صفة لمحذوف أي: الثواب المعين.

يعني: أن الثواب المعين يلزم الموهوب دفعه للواهب بمجرد القبول ولا يحتاج لحرز كالبيع فإذا قال: وهبتك هذا الشيء على أن تثيبني الشيء الفلاني لشيء معين حاضرا أو غائب معلوم فقبل الموهوب الهبة على ذلك لزمه دفع ذلك المعين للواهب فليس لأحدهما بعد ذلك رجوع كالبيع إذا انعقد، والمراد: المعين ولو بالوصف كثوب صفته كذا.

وأشار لغير المعين بقوله:

● ص:

وغيره الواهب بالقبض والموهوب بمفوت الاعتصار.

● ش:

قوله: (وغيره) عطف على فاعل لزم والواهب مفعول لزم المقدر والموهوب

عطف على الواهب أي: ولزم الثواب غير المعين الواهب بقبض الموهوب الهبة أي: يلزمه قبوله بسبب قبضها منه ولزم الموهوب دفعه بمفرت الاعتصار.

يعني: أن التغير الحسي أو المعنوي وإلا فله رد الهبة ولا يلزمه دفع ثواب.

والحاصل: أن الثواب إذا كان غير معين فإنه يلزم الواهب قبوله إذا دفعه له الموهوب بعد قبض الهبة وأما قبل أن يقبض الموهوب الهبة فلا يلزم الواهب قبوله ولو كان أضعاف قيمة الهبة هذا معنى قوله: (ولزم غيره الواهب بالقبض) أي: بسبب قبض الموهوب الهبة لا إن لم يقبضها منه فلا يلزمه القبول وهبته باقية على ملكه وأما الموهوب فلا يلزمه دفع الثواب الغير المعين إلا إذا فاتت الهبة عنده بمفوت الاعتصار كبيع وعتق وكبر وسمن وهزال وعمي وخرج ونسيان صنعة ونحو ذلك أما إذا لم يحصل فيها مفوت للاعتصار ولو نقلها أو تغير سوقها فإنه لا يلزمه دفع الثواب بل له أن يردها على الواهب ويقل له خذ هبتك عني لا حاجة لي بها هذا معنى قوله: (والموهوب بمفوت الاعتصار) أي: بسبب حصول مفوت الاعتصار فيها عنده وأما إذا حصل فيها المفوت عند الواهب فلا يلزم الموهوب له دفع الثواب فيها بل هو مخير في قبولها وردها وأولى إذا لم يحصل فيها مفوت أصلًا والمراد بالثواب هنا القيمة وتعتبر يوم القبض.

● ص:

والقول للواهب أنه قصد الثواب إلا أن يكذبه العرف وحلف إن أشكل لا شهد العرف على أظهر القولين.

● ش:

يعني: أن الهبة إذا وقعت مطلقة أي: غير مقيدة بثواب ثم تنازعا بعد قبضها فقال الواهب: إنما قصدت الثواب وقال الموهوب: بل وهبت لغير ثواب فإن القول للواهب أنه قصد الثواب، ولا فرق بين أن تكون الهبة في عرس أو غيره وله أن يأخذ الثواب معجلا ولا يلزمه الصبر لحدوث عرس مثله ولرب الغرس أن يحاسبه بما أكل عنده من الوليمة هو ومن تبعه من نساء أو رجال ومحل تصديق الواهب في قصد الثواب إذا صدقه العرف ولم يكذبه أما إذا كذبه العرف بأن كان مثله لا يأخذ الثواب

على الهبة فالقول في ذلك للموهوب كما أشار لذلك بقوله: (إلا أن يكذبه العرف) ويحلف الواهب إن أشكل الأمر بأن لم يشهد العرف له ولا عليه لا إذا شهد له العرف فلا يحلف على أظهر القولين وقيل يحلف في الصورتين أي: صورة الأشكال وصورة شهادة العرف له ومحل القولين الصورة الثانية وهما مبنيان على أن العرف هل هو كشاهد فيحلف معه أو كشاهدين فلا يحلف وقولنا ثم تنازعا بعد قبضها احترازًا مما إذا تنازعا قبل قبضها من الواهب فإنه يصدق الواهب مطلقًا ولو كذبه العرف.

وقوله: (والقول للواهب أنه قصد الثواب) صريح في أن التنازع في قصد الثواب وعدمه لا في شرط الثواب؛ لأن الواهب إذا ادعى الشرط فلابد من إثباته ولا ينظر لعرف ولا لعدمه، فإن لم يثبته كان القول قول الموهوب له ومحل كلام «المص» في غير المسكوك وفي غير الهبة لقريب أو قادم من سفر وأما ذلك فأشار إليه بقوله:

• ص:

ولا يصدق في المسكوك وهبة لقريب أو قادم وإن غنيا لفقير إلا لعرف أو إثبات شرط.

• ش:

قوله: (إلا لعرف) رجع للمسائل الثلاث.

وقوله: (أو إثبات شرط) يفيد أن الواهب إذا ادعى الشرط فا يعمل بدعواه إلا إذا ثبت الشرط كما تقدم.

وقوله: (وإن غنيا) مبالغة في القام أي: وإن كان القادم غليا بالنسبة لفقير أهدى له.

والمعنى: أن الواهب لا يصدق في هبة المسكوك إذا ادعى أنه قصد بها الثواب إذا لشأن عدم إلا ثابه في المسكوك إلا لعرف أو إثبات شرط فيصدق ويكون العوض عرضا أو طعاما لا مسكوكا لما فيه من الصرف أو البدل المؤخر ومثل المسكوك السبائك والتبر وما تكسر من الحلي، بخلاف والحلي الصحيح فإنه كالعروض فيصدق فيه الواهب.

وحاصل الفرق بين المسكوك وما ألحق به وبين الحلي الصحيح: أن السكة صنعته يسيرة لا تنقل عن الأصل، بخلاف الصياغة فإنها صنعة معتبرة صيرت كالمقوم.

وكذا لا يصدق الواهب في قصد الثواب إذا وهب شيئًا لقريبه ومنه الزوج والزوجة كما يفيده «الش» فإذا وهب الشخص لأحد من أقاربه كوالديه وإخوانه أو غيرهم من جميع الأقارب أو وهب الزوج لزوجته أو عكسه فلا يصدق في إرادة الثواب إلا لعرف أو إثبات شرط أو بعبارة إذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئًا فلا يصدق في قصد الثواب إلا بشرط أو قرينة في غير المسكوك وما هو فلا يصدق فيه إلا بخصوص إثبات الشرط ولا تكفي القرينة ومثل الزوجين الأقارب الذين بينهم الصلة أفاده شراح الأصل.

وكذا لا يصدق الواهب أنه قصد الثواب في هبته لقادم من سفر ولو كان الواهب فقيرا وهب لقادم غنيا إلا لعرف وإثبات شرط وحيث لم يصدق الواهب في قصد للثواب على هبته للقادم فلا يأخذه هبته ولو كانت قائمة وتضيع عليه مجانا وقيد ذلك الحطاب بما إذا كانت الهدية لطيفة كالفواكه والتمر، بخلاف نحو الثياب والقمح والغنم والدجاج فالقول للمهدي في الثواب عليه إن ادعاه أفاده الأصل وشراحه.

• **ص:**

وله منعه منها للثواب.

• **ش:**

يعني: أن الواهب له منعه الموهوب من قبض الهبة إلى أن يأخذ ثوابها المشترط أو ما رضي به من الموهوب له ولا يلزمه الصبر إلى أن يحصل له غرس مثلا كما نص عليه الخَرَشي وغيره وضمانها مدة المنع من الواهب وإذا قبضها الموهوب قبل الثواب وقف فأما أثاب أوردها وتلوم لهما تلوما لا يضر بهما ولو مات الواهب للثواب والهبة بيده فهي نافذة كالبيع وللموهوب قبضها إن دفع العوض للورثة وإن مات الموهوب قبل أن يثيب الواهب فلورثته ما كان له.

● ص:

وأثيب ما تسلم فيه وإن معيبا.

● ش:

يعني: أن الهدية يثاب عليها ما يجوز أن تسلم فيه فهي كراس المال والثواب كالمسلم فيه فيراعي هنا شروط السلم فلا بد من السلامة من الربا فلا ثياب عرض عن جنسه مثلا؛ لأنه سلف بنفع وذلك لأن الشيء في جنسه قرض وشرط القرض أن يكون النفع لأخذه فقط ودافع هبته الثواب لا يخلو عن قصد انتفاعه هو ولا يثاب عن النقد نقدا لما فيه من الصرف أو البدل المؤخر ولا يثابعن الطعام طعام؛ لأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام لأجل مع الفضل ولو شكا ولا يثاب عن اللحم حيوان من جنسه ولا عكسه ويثاب عن العرض طعام أو دراهم أو دنانير أو عرض من غير جنسه لا من جنسه كما سبق ويثاب عن الطعام عرض أو دنانير أو دراهم لا طعام كما سبق فهبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال وتخالفه في الأقل؛ لأنها تجوز مع جهل عوضا أو جهل أجله ولا يغيبتها حوالة الأسواق والنقل ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول وإذا ثاب الموهوب عن الهبة ما تسلم فيه لزم الواهب قبوله ولو كان هذا الثواب معيبا حتى كان فيه وفاء بالقيمة أو يكملها له وليس له أن يرد المعيب ويقول إلا أخذ إلا سالما.

تنبيه:

علم مما تقرر إن ما يقع في أفراح العوام أو في حجهم فاسد لا يوافق الشرع في شيء وذلك لأن الرجل متهم إذا شرع في فرح أو في تجهيز الحج يهدي إليه الآخر ذهبا أو فضة أو طعاما أو بعيرا أو ثورا أو خاروفا ونحو ذلك فإذا حدث للمهدي فرح أو حج أثابه الأول من جنس الهدية أما مثلها أو أكثر منها فيثيبه عن الذهب فضة وعكسه وهو حرف مؤخر ويثيبه عن الذب ذهبا وعن الفضة فضة وهو بدل مؤخر فإن زاده على نقده كان فيه ربا فضل ونساء.

وكذا المسمى عندهم النقوط وهو أن يضع الواحد منهم دراهم أو أنصاف عددية على جبهة العروس ثم يفعل به الآخر كذلك إذا حدث له فرح ويزيده عليه ولهم في

ذلك خبط فاحش مع ما اشتملت عليه أفراحهم من المحرمات والمنكرات التي تنفي منها النفوس الزكية وتميل إليها النفوس الردية ويفعلونها جهارا ولا يقدر أحد على ردهم عنها ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وحسبنا الله ونعم الوكيل.

● ص:

ولا يلزم قبول ما خالف العادة كالحطب.

● ش:

يعني: أن الواهب لا يلزمه قبول ما خالف العادة في الثواب على الهبات كالحطب والتبن إن خالف العادة، وكذا الطين والآجُر - بضم الجيم - فإن جرى العرف بإثابة ما ذكر لزم قبوله:

● ص:

وللمأذون والأب فقط في مال محجوره الهبة للثواب.

● ش:

للمأذون جار ومجرور خبر مقدم والأب عطف على المأذون والهبة مبتدأ مؤخر.

وقوله: (فقط) راجع للأب احترز به عن غيره من الأولياء كالوصي والحاكم والمقدم فليس له هبة الثواب ولا غيرها من مال محجوره. وقوله: (في مال محجوره) راجع أيضًا للأب فقط وأما المأذون قبله فهو العبد في مال نفسه.

والمعنى: أن العبد المأذون له في التجارة يجوز له أن يهب للثواب من ماله لا لغير الثواب فلا يجوز وأما غير المأذون فليس له أن يهب مطلقًا لا للثواب ولا لغيره ويجوز للأب فقط لا غيره من الأولياء أن يهب من مال ولده المحجور لصغر أو سفه هبة للثواب لا لغيره فلا يجوز كما أنه ليس له الإبراء من مال محجوره مجانا وأما ولده الغير المحجور فلا يجوز له أن يهب من ماله لا لثواب ولا لغيره.

● ص:

وإن التزم بيمين كبغيرها لغير معين ابتداء وجب ولم يقض به.

● ش:

قوله: (إن التزم) شرط وجوابه قوله: (وجب) وفاعل التزم ضمير يعود على

الشخص الملتزم المفهوم من التزم وحذف مفعول التزم ليعم الهبة والصدقة والحبس.

وقوله: (بيمين) أي: تعليق فالمراد باليمين التعليق على ما فيه حرج ومشقة نحو إن فعلت كذا فداري صدقة لا اليمين الشرعية وهي الحلف بالله تعالى.

وقوله: (كبغيرها) أي: بغير يمين.

يعني: أن من التزم هبة أو صدقة أو حبسا بتعليق نحو إن فعلت كذا فداري هبة أو صدقة أو حبس سواء كان ذلك لمعين كزيد أو غير معين كالفقير أو حنث في يمينه بفعل المحلوف عليه أو التزم ذلك بغير تعليق لغير معين ابتداء كان يقول داري صدقة أو هبة أو حبس على الفقراء مثلا فإنه يجب عليه إنفاذ ما التزمه في الصور الثلاث وهي الالتزام بتعليق مطلقًا لمعين أو غيره أو بغير تعليق لغير معين ولا يقضي عليه بذلك لعدم من يخاصمه في غير المعين ولعدم قصد القربة في المعين فيجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى بدون قضاء وقيل يستحب أما إذا التزم ذلك لمعين بلا تعليق كأن قال: داري هبة أو صدقة أو حبس على زيد فيقضي عليه بإنفاذ ذلك لزيد بل ولو للفقراء بعده إذا قال: هبة أو صدقة أو حبس على زيد ثم من بعده على الفقراء كما في الخَرَشي عن ابن الحاج.

فقوله: (لغير معين ابتداء) احترز به عن هذه الصورة، وهي ما إذا التزمه ابتداء لمعين كزيد ثم بعده للفقراء فيقضي عليه بما التزامه فيها لقصده القربة.

قال «خ»: ولو قال: إن فعلت كذا فعبدي حر وحنث، فإنه يقضي عليه به؛ لأن هذا من البت المعين وهو يقضي به. اهـ.

• ص:

وفي المسجد المعين خلاف.

• ش:

يعني: أنه إذا التزم صدقة لمسجد معين بلا تعليق كأن قال: داري صدقة على المسجد الفلاني فهل يقضي عليه بذلك نظر لتعيين البقعة فهي كزيد أو لا يقضي عليه بذلك نظر لتعيين البقعة فهي كزيد أو لا يقضي عليه بذلك بل يؤمر بإنفاذه بلا

قضاء نظر العموم الانتفاع بالبقعة فهي بمثابة غير المعين كالفقراء في ذلك خلاف فقول «الش» نظر التعيين البقعة راجع للقول بالقضاء.

وقوله: وعموم نفعها؛ راجع للقول بعدم القضاء فهو كلام موزع أما لو التزم للمسجد بتعليق فلا يقضي عليه قولا واحد سواء كان المسجد معينا أو لا.

تنبيه:

إذا عين شيئًا وجعله صدقة وجب عليه إخراجه كله ولو كان جميع ماله ويترك له قدر ما يعيش به هو وأهله كالمفلس ذكره بعض الفضلاء.

● **ص:**

وقضي بين مسلم وذمي فيها بحكمنا.

● **ش:**

قوله: (بحكمنا) متعلق بقضاء.

وقوله: (فيها) أي: في الهبة.

يعني: أن المسلم إذا وهب لذمي هبه أو عكسه فإنه يقضي بينهما فيها بحكم الإسلام من لزوم وأثابه عليها وغير ذلك لا بحكمهم؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلي عليه وأما بين ذميين فلا تتعرض لهم ولو ترافعوا إلينا.

قال مالك: وليس هذا من التظالم الذي أمنعهم منه وأما عتقهم ونكاحهم وطلاقهم إذا ترافعوا إلينا فهل يحكم بينهم فيها بحكمنا أو لا خلاف، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

باب [في أحكام اللقطة]

وهي ما يلتقط وأصل الالتقاط وجود الشيء على غير طلب ولغاتها أربع:

الأولى: لقطة بضم اللام وفتح القاف.

الثانية: ضم اللام وسكون القاف.

الثالثة: لقاطة بضم اللام.

الرابعة: لقط بفتح اللام والقاف بلاها.

والذي اشتهر على الألسنة الأولى والقياس الثانية؛ لأن القياس في الذي بمعنى المفعول السكون كقدوة وعمدة ورحلة لمن يرتحل إليه وإنما الفتح قياس في الذي بمعنى الفاعل كضحكة وهمة ولمزة بكثير الضحك والهمز واللمز.

وحدها ابن عرفة بقوله: مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما.

فقوله: مال لا يدخل فيه اللقيط؛ لأنه ليس مالا بل هو صغيرًا دمي كما يأتي.

وقوله: محترما؛ حال من مال أخرج به مال الحربي.

وقوله: ليس حيوانا ناطقا؛ أخرج به الناطق فإنه لا يسمى لقطة بل لقيطا وفي هذا الإخراج نظر؛ لأن الناطق إن كان حرا فلم يدخل في قوله: مال، حتى يحتاج لإخراجه وإن كان عبدا فهو لقطه لا لقيط فلا ينبغي إخراجه والنعم والإبل والبقر والغنم.

فقوله: ولا نعما؛ أخرج به النعم فإنه يسمى ضاله لا لقطة فيدخل في اللقطة النقد والعروض وما وجد بشاطئ البحر من دمى المسلمين للنجاة، وقيل: هو لواحده. كما في «خ».

وعرفها الأصل بقوله: مال معصوم عرض للضياع. اهـ.

وقوله: معصوم؛ صفة لمال أي: مال محترم شرعا وهو ملك غير الحربي فخرج بمعصوم مال الحربي والركاز.

وقوله: عرض؛ بفتح العين والراء المخففة مبني للفاعل والمراد عرض الضياع له

ففيه قلب والذي عرض له الضياع ما كان في مضيعة بغامر بغين معجمة أي: فلاة من الأرض أو عامر بالمهملة ضد الخراب وخرج به ما كان بيد حافظ ولو حكما كما لو وضعه صاحبه بمكان ليرجع إليه وكالتمر المعلق على رءوس الشجر والجب في الزرع والجرين وخرج به أيضًا السرقة ونحوها وخرج به أيضًا الإبل إذ لا يعرض لها الضياع.

وترك «المص» تعريفها لما هو عادته رحمه الله من الاهتمام بالأحكام كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

عرف اللقطة وإن كلبا وفرسا.

● ش:

فاعل (عرف) ضمير الملتقط وهو واجد اللقطة المفهوم من السياق.

يعني: أنه يجب تعريف اللقطة على واجدها ولو كانت اللقطة كلبا مأذونا فيه أو فرسا خلافًا لمن جعلها كضوال الإبل لا تلتقط ومثل الغرس الحمار فيجب تعريفه وليس لضالة الإبل كما قد يتوهم، وبالغ على الكلب لئلا يتوهم من صنع بيعه أنه ليس بلقطة وأما غير المأذون فيه فليس بمال أصلًا فلا يدخل في حد اللقطة المتقدم.

ثم شرع يبين ما يعرف وما لا يعرف وأمد التعريف بقوله:

● ص:

الدرهم الشرعي لا دونه أياما إلى فوق الدينار فسنة.

● ش:

(الدرهم) بدل من اللقطة بدل مفصل من مجمل ويحتمل أنه مبتدأ محذوف الخبر أي: الدرهم يعرف أياما فأياما ظرف لذلك المحذوف والجملة مستأنفة استئنافا بيانيا واقفة في جواب سؤال مقدر فكأنه قيل له قد ذكرت أن اللقطة تعرف وهل ذلك على عمومه في القليل والكثير وهل يحد التعريف بمدة أو لا فأجاب بقوله: (الدرهم... إلخ). والمراد الدرهم أو ما يساويه قيمة أو حرفا لا خصوص

الدرهم من الفضة.

وقوله: (إلى فوق) فيه حذف الموصول أي: إلى ما فوق؛ لأن فوق لا تخرج عن الظرفية إلا شبهها وهو الجرين.

والمعنى: أن اللقطة إذا بلغت درهما شرعيا أو حرفة أو ما يساويه فإنه يجب على وأجدها تعريفها أياما حتى يغلب على الظن أعراض صاحبها عنها فإن زادت عن درهم فكذلك تعرف أياما إلى ما فوق الدينار الشرعي فيجب حينئذ تعريفها سنة كاملة من يوم الالتقاط فإن أخر تعريفها سنة ثم عرفها فهلكت ضمنها وأما دون الدرهم فلا يعرف أصلًا نعم إن علم صاحبه دفع له وسأل الجماعة المحصورون إذا وجده واحد منهم أو من غيره في مكانهم.

قال «الش» شيخنا: ولا يراعي في ذلك الاختلاف باختلاف الناس أي: فلا يقال: إن مأذون الدرهم قد يكون تافها بالنسبة لإنسان وكثيرا بالنسبة لغيره فيعرف.

والحاصل: أن ما دون الدرهم لا يعرف أصلًا كالعصي والسوط وشيء من تمر أو زبيب وله أكله إذا لم يعلم ربه وإلا منع وضمن وأما الدرهم والدينار ونحو ذلك كالدلو والمخلاة فيعرف أياما حتى يغلب على الظن أعراض ربه عنه وأما ما فوق الدينار فيعرف سنة فإن أخر عنها ضمن فالأقسام ثلاثة.

● ص:

بمظان طلبها كل يومين أو ثلاثة وزاد في أول التقاطها.

● ش:

قوله: (بمظان) جار ومجرور متعلق بعرف من قوله أول الباب: (عرف اللقطة... إلخ)، والباء هنا بمعنى في بخلافها في قوله الآتي: (بنفسه) فإنها للمصاحبة أو للتعدية.

يعني: أن تعريف اللقطة يكون بمظان طلبها أي: بالمواضع التي يطلبها أربابها كأبواب المساجد لا داخلها والتعريف في كل يومين مرة أو في كل ثلاثة أيام مرة وهذا في غير أول أيام الالتقاط أما في أول أيام الالتقاط فيعرفها أكثر من ذلك كما أشار لذلك بقوله: (وزاد في أول التقاطها)، ويسرع ما بالتعريف فورا فإن أخره لغير

عذر ضمن لتفريطه. كما قال «حش».

● ص:

بنفسه أو بمن يثق به وإن بأجرة إن لم يعرف مثله.

● ش:

قوله: (بنفسه) متعلق أيضًا بعرف المتقدم.

يعني: أن الملتقط يجب عليه أن يعرف اللقطة بنفسه أو بمن يثق بأمانته فيدفعها له ليعرفها ولو بأجرة منها إن كان الملتقط مثله لا يعرف لكونه من ذوي الهيئات وإلا ضمن كما لو تراخى في التعريف حتى هلكت وإذا دفعها لم يثق به فضاعت فلا ضمان عليه. كما في «خ».

قال «الش»: وأما المشهور عند العوام بالحلاوة فحرام. اهـ.

وإنما جاز للملتقط أن يدفعها لمن يثق به ولم يجز للمودع أن يودع؛ لأن ربها عينه لحفظها.

وقوله: (إن لم يعرف مثله) قال «حش»: كذا قيد ابن شاس وتابعوه، وتعقبه ابن عرفة بأن ظاهر اللخمي عند ابن شعبان ولو كان ممن يلي ذلك إن لم يلتزمه.

أقول: قاعدة حفظ مال الغير ووجوب إيصاله لربه تؤيد التقييد إذ الواجب لا يؤخذ عليه أجرا. اهـ.

وكتب «خ» على قول الأصل: (أو بأجرة منها إن لم يعرف مثله) فقال: يعني أن الملتقط إذا كان مثله لا يناسب أن يعرف عليها فإنه يستأجر منها من يعرف عليها وإذا كان مثله يناسب أن يعرف عليها فإنه يستأجر من عنده من يعرفها إن لم بل تعريفها بنفسه. اهـ المراد منه.

● ص:

وبالبلدين إن وجدت بينهما إلا أن يظن أحدهما فيها.

● ش:

عطف على مقدر بعد قوله: (بمظان طلبها) تقديره بمظان طلبها بالبلد الواحد وبالبلدين إن وجدت بينهما فاقتضى كلامه إن المظان تطلب هنا أيضًا.

وقوله: (فيها) جواب الاستثناء أي: إلا أن يظن أنها من أحد البلدين فالتعريف يكون بها وحدها.

والمعنى: أن اللقطة تعرف وجوبا بمظان طلبها بالبلدين معًا إن وجدت بينهما إلا أن يظن أحدهما كان تكون تعربها وهي فقط. صح: متباعدان فيعرفها بها أي: بالبلد المظنونة بخصوصها ولا يعرفها بالأخرى.

● **ص:**

ولا يسمى جنسها.

● **ش:**

أي: أن معرف اللقطة لا يسمي جنسها لئلا يفهمها بعض الحذاق بل يقول: يا من ضاع له شيء أو مال وأولى لا يذكر نوعها ولا جنسها.

وبعبارة: لا يذكر المعرف جنسها من ذهب أو فضة أو ثوب ونحو ذلك بل يذكر بوضوء عام كأمانة أو شيء أو مال؛ لأن ذكر جنسها ربما أدى بعض أذهان الحذاق إلى ذكر عفاصها ووكائها باعتبار جرى العادة والنهي هنا للتحريم وقيل للكراهة.

تنبيه:

إذا وجدت اللقطة بقرية ليس بها إلا أهل الذمة دفعها لحبرهم ولا يجب عليه أن يعرفها بنفسه لما ذلك من خدمة أهل الذمة وظاهر كلام الأصل أنه لا فرق بين أن يكون الحبر من أهل المحل الذي وجدت فيه أو من غيره.

وقال بعضهم: دفعها للحبر مندوب إذ له أن يعرفها بنفسه، فإن لم يكن بها حبر فهل تدفع للسلطان أو للراهب والحبر بكسر الحاء أفصح من فتحها وهو عالم أهل الذمة وقد يطلق على عالم المسلمين والراهب هو العابد ذكره الأصل وشراحه وسيأتي ذكره «المص».

● **ص:**

وأخذها من يعرف العفاص والوكاء بلا يمين، فإن لم يكونا فما يغلب على الظن.

● **ش:**

يعني: أن اللقطة يأخذها من الملتقط من يعرف العفاص والوكاء بلا يمين

للحديث وأولى إذا قامت له بينة بذلك والعفاص بكسر العين المهملة هو الظرف الذي تجعل فيه كالكبير والخرقة والمنديل والوكاء بالمد هو الخيط أو الحبل الذي تربط به، فإن لم يكن لها عفاص ولا وكاء أكتفى بذكر الأوصاف التي يغلب على الظن صدق من أتى بها كما في العفاص ولوكاء وإلي ذلك أشار بقوله: (فإن لم يكونا فما يغلب على الظن).

وإذا عرفها إنسان بأوصاف يقوي بها الظن وعرفها آخر بأوصاف يحصل بها ظن دونه فإنه يقدم الأول على الثاني بيمينه كما أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

وقدم الأقوى بيمين.

● **ش:**

أي: أن الأقوى في الأوصاف يقدم على من أتى بأوصاف دونه مع يمينه.

● **ص:**

وعارفها على عارف الوزن والعدد.

● **ش:**

عطف على نائب فاعل (قدم)؛ يعني: أنه إذا عرف أحد شخصين العفاص والوكاء وعرف آخر العدد والوزن فإنه يقدم عارف العفاص والوكاء على عارف العدد والوزن لنص صاحب الشرع الشريف عليهما بقوله: «أعرف عفاصها ووكاءها»[1]، وإن وافق الآخر العرف فلا يقال: لم قدم من عرف الصفات الظاهرة على من عرف الصفات الباطنة كالعدد والوزن، وظاهر «المص» أن يقدم عارفهما على عارف العدد والوزن بلا يمين والمنقول في كلامهم كما في «خ» أنه لابد من اليمين، وأما إن عرف أحدهما العدد فقط أو الوزن فقط فتعطي لمن عرف العفاص والوكاء بلا يمين، وذكر «خ» أنه يقضي لمن عرف العفاص والعدد على من عرف العفاص والوكاء بيمين، وذكر أيضًا أنه يقضي لمن عرف العفاص وحده بيمين على من عرف العدد والوزن ورجح بعضهم دفعها لمن عرف العدد والوزن.

---

(١) أخرجه البخاري (٩١)، ومسلم (١٧٢٢).

● **ص:**

وإن وصف ثان وصف أول قبل شيوع الخبر حلفا وقسمت.

● **ش:**

قـوله: (وصف أول) أي: مثل وصف الأول والمراد مثل وصف الأول في الاستحقاق وإن لم يتحد الوصف منهما لكن قيد قبل شيوع الخبر إنما يحتاج له عند الاتحاد كما في «حش».

يعني: أن اللقطة إذا وصفها شخص وصفاء يستحقها به وقبضها فجاء شخص ثان فوصفها وصفا مثل وصف الأول في استحقاقها به قل شيوع الخبر فإنهما يتحالفان وتقسم اللقطة بينهما.

وكذا لو نكلا ويقضي للحالف منهما على الناكل أما إن وصفها الثاني بعد شيوع الخبر فلا شيء له ـ أي: للثاني ـ لاحتمال أن يكون قد سمع وصف الأول فجاء يدعيها، وإذا وصفها شخص واستحقها وبان بها ثم أقام شخص آخر بينه إنها له فإنها تنزع من الأول.

● **ص:**

وقدم أقدم البينتين تاريخا وأعدلهما وإلا فكذلك.

● **ش:**

قوله: (وإلا فكذلك) مفهوم الأقدمية في التاريخ والأعدلية واسم الإشارة عائد على المسألة السابقة وهي قوله: (وإن وصف ثان... إلخ)، والكاف للتشبيه أي: تشبيه ما هنا بما سبق في الحلف والقسمة أي: وإلا تكن إحداهما أقدم تاريخا ولا أعدل فالحكم كذلك كما سبق من القسمة بعد الحلف.

يعني: أن الشخصين إذا قام كل منهما ببينة على أن اللقطة له وكانت أحد البينتين أقدم في التاريخ أو أعدل من الأخرى فإنه يقدم أقدم البينتين تاريخا وأعدلهما على المتأخر في التاريخ والأقل في العدالة كما تقدم المؤخرة للملك أو للضياع على غير المؤرخة وأما إن لم تكن أحداهما أقدم تاريخا ولا أعدل من الأخرى بأن تساويا في التاريخ وعدمه وفي العدالة فإنهما يحلفان وتقسم اللقطة

بينهما كما أشار لذلك بقوله: (وإلا فكذلك) أي: وإلا تكن أحداهما أقدم تاريخا ولا أعدل بأن تساوتا من كل وجه فكذلك أي: تقسم اللقطة بينهما بعد الحلف ويقضي للحالف على الناكل وتقدم السابقة في التاريخ على الأعدل المتأخرة تاريخا.

● **ص:**

ولا ضمان على دافع بوصف ولو قامت بينة بغيره.

● **ش:**

يعني: أن لا ضمان على ملتقط دفع اللقطة لشخص بسبب وصفه لها وصفا يستحقها به شرعا؛ لأنه دفعها بوجه جائز.

وقوله: (ولو قامت ببينة بغيره) مبالغة في عدم الضمان أي: أنه لا ضمان على الدافع بوصف ولو قامت بينة للثاني بغير ذلك الوصف أي: بغير مقتضاة وتكون الدعوى حينئذ على القابض فيجري الحكم بين المدعى الثاني والقابض على ما مر قد والبينة يقدم على غيره وواصف العفاص والوكاء يقدم على واصف غيرهما أو أحدهما وذو البينة المؤرخة يقدم على من لم تؤرخ بينة فإن أرخا معًا قدم الأقدم تاريخا، فإن لم يؤرخا قدم الأعدل فإن تساوتا قسمت بينهما أن حلفا أو نكلا.

وبعبارة: إذا دفع الملتقط اللقطة لمن وصفها بوصف يستحقها به فلا يضمن ولو أقام شخص آخر ببينة أنها له وتكون الدعوى بين القائم والقابض فيجري الحكم على ما مر وأولى لا ضمان عليه إذا دفعها لمن أقام بينه أنها لها وأولى أيضًا لا يضمن إذا وصفها الثاني فقط ولم يقم عليها ببينة كما أشار لذلك «المص» بالمبالغة.

● **ص:**

وإن عرف العفاص أو الوكاء وقال: لا أدري الآخر استؤني، فإن لم يأت غيره بأكثر أخذها.

● **ش:**

يعني: أنه إذا عرف العفاص فقط أو الوكاء فقط وقال: لا أدري الآخر فإنه يستوفي بها بالاجتهاد ولا تدفع له عاجلا لعل غيره أن يأتي بأكثر منه فإذا لم يأت

غيره بأكثر منه أخذها وإن أتى غيره بأكثر منه كان عرف العفاص والوكاء جميعا أخذها الغير.

وقوله: (فإن لم يأت غيره بأكثر) صادق بالإتيان بالمساوي والأقل وبعدم الإتيان بشيء أصلًا ففي هذه الثلاث تدفع للأول وتدفع للثاني في واحدة وهي ما إذا أتى بأكثر من الأول.

قال «دص»: بقي ما إذا ذكر الأول العفاص فقط أو الوكاء فقط وذكر الثاني الصفة الثانية فقط هل تكون بعد الاستيناء للأول؛ لأن الثاني لم يأت بأثبت منه كما يفيده ما تقدم أو تقسم بينهما بعد حلفهما واستظهر لتعادلهما في الوصف والأسبقية لا تقتضي استحقاقا. اهـ.

● ص:

لا إن غلط في الآخر أو في صفة الدنانير.

● ش:

عطف على قوله: (لا أدري الآخر)؛ يعني: أنه إذا عرف العفاص أو الوكاء ثم ذكر الصفة الثانية على خلاف ما هي عليه فقيل له كذبت فادعى الغلط في الثانية فإنها لا تدفع له أصلًا لظهور كذبه، بخلاف الجاهل فإنه معذور بقوله: لا أدري أو نسيته، قال ابن رشد: وهو أعدل الأقوال الثلاثة، ثانيهما: أنهما سواء في القبول، ثالثهما: أنهما سواء في عدمه.

وقوله: (أو في صفة الدنانير) عطف على قوله: (في الآخر) أي: لا إن غلط في الآخر ولا إن غلط في صفة الدنانير ككونها محمدية أو يزيد به فلا تدفع له.

يعني: أنه إذا عرف العفاص فقط أو الوكاء فقط ووصف الدنانير، بخلاف صفتها ثم ادعى الغلط فإنه لا شيء له بلا خلاف.

● ص:

وفي جهل صفة الدنانير وغلطه بالنقص ومعرفة السكة فقط خلاف.

● ش:

(خلاف) مبتدأ خبره الجار والمجرور قبله ذكر «المص» ثلاث مسائل فيها الخلاف:

الأولى: جهل صفة الدنانير بأن قال: لا أدري ما صنعتها.

الثانية: الغلط بنقص كان يقول هي خمسة فإذا هي عشرة فيدعي الغلط.

الثالثة: أن يعرف السكة فقط ولا يذكر وزنا ولا عددا.

وموضوع الخلاف على ما يقتضيه ذوق السياق أنه ذكر إحدى الصفتين العفاص والوكاء.

● ص:

واغتفر غلطة بالزيادة وجهل القدر.

● ش:

قول: (وجهل القدر) عطف على غلط.

يعني: أنه إذا عرف العفاص والوكاء أو أحدهما وغلط بالزيادة في العدد أو في الوزن فإنه يفتقر غلطه بها لاحتمال العداء أي: الاغتيال عليها.

وكذا يفتقر جهله بقدر الشيء الملتقط مع معرفة غيره من العفاص والوكاء أو أحدهما لاحتمال أن يكون أخذ شيئا منها ولا يدري ما بقي.

ثم شرع يبين حكم الالتقاط فقال:

● ص:

ووجب لقط أمين خاف خائنا وحرم على خائن وكره مع الشك كالأمانة إن لم يخف.

● ش:

يعني: أن الشخص إذا علم أمانة نفسه وخاف على اللقطة خائنا لو تركها فإنه يجب عليه التقاطها لوجوب حفظ مال الغير حينئذ، وأما إن علم خيانة نفسه فإنه يحرم عليه الالتقاط ولو خان خائنا، وقال ابن عبد السلام: يجب عليه أخذها وكف يده نفسه عن الخيانة، وأما إن شك في أمانة نفسه فإنه يكره له الالتقاط مع الشك خاف عليها خائنا أم لا.

كما يكره له الالتقاط مع أمانته إن لم يخن عليها الخيانة فالوجوب في صورة والحرمة في صورة والكراهة في ثلاثة.

● ص:

وما وجد بقرية ذميين دفع لراهبهم.

● ش:

يعني: أن ما يوجد في قرية ذميين يدفع لراهبهم ولا يجب على واجده تعريفه لئلا يكون فيه خدمة لأهل الذمة، وقد تقدم عن الأصل وشراحه أنها تدفع لحبرهم، فإن لم يكن بقريتهم حبر فهل تدفع للسلطان أو للراهب.

وبعبارة: إذا وجدت اللفظة بقرية ذميين دفعت لراهبهم ولا تعرف وهذا ظاهر إن لم يدخلها غيرهم، وإلا ورد بحث ابن رشد بإمكان سقوطها من مسلم، فالقياس تعريفها. أفاده «حش».

● ص:

ثم حبسها حتى يأتي ربها أو تصدق عنه بها أو تملكها وإن بمكة.

● ش:

ثم للترتيب وأو للتخيير أي: ثم بعد تعريف اللقطة سنة يخير الملتقط بين أمور ثلاثة:

فإما أن يحبسها عنده حتى يأتي ربها.

وإما أن يتصدق بها عن ربها.

وإما أن يتملكها ومنه التصدق بها عن نفسه وإذا جاء ربها ضمنها له في التصدق بها عن ربها وفي التملك الشامل للتصدق بها عن نفسه.

وللملتقط هذه الأمور الثلاثة ولو وجدها بمكة خلافًا لمن قال: لا تستباح لقطها بعد سنة ويجب تعريفها أبدا فلا فرق بين لقطة مكة وغيرها من الأقطار في هذه الأوجه الثلاثة.

وأما حديث: «لا تحل لقطتها» فمعناه لا تحل قبل السنة ونبه للشارع على ذلك مع عمومه في لقطة مكة وغيرها لئلا يتوهم عدم التعريف في مكة سنة بسبب انصراف الحاج.

وعبارة «خ»: ولا فرق على المشهور بين لقطة مكة وغيرها من الأقطار في هذه

الأوجه الثلاثة، وأما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل لقطة الحاج»[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إن لقطتها لا تحل إلا لمنشد»[٢]، فمحمول على أنها لا تحل لمن يريد تملكها دون تعريف بل لا تؤخذ إلا لتعرف وسبب.

تنبيه:

الشارع على هذا الحكم وتخصيصه بلقطة مكة وهو عام فيها وفي غيرها هو أن لقطة مكة توجد كثيرا في الحرم الاجتماع الناس من كل فج وأنه موضع نسك وإن الغالب منه أن الحاج لا يعود لطلب اللقطة إن كان من أهل الأفاق فيصير الأخذ لها أخذا لنفسه بلا محالة فخص النبي ﷺ لهذا المعنى وغلط فيه ومحل التخيير فيما إذا كانت بيد غير الإمام وإلا فليس له إلا حبسها أو بيعها لصاحبها ووضع ثمنها في بيت المال لربها وليس للإمام التصدق بها ولا تملكها ولعل الفرق بينه وبين غيره مشقة خلاص ما في ذمته منه، بخلاف غيره؛ ولذا لا يجوز لرب الأبق بيعه إذا وجده الإمام حتى يقبضه منه ويجوز بيعه إذا وجده غيره. اهـ.

● **ص:**

وإن نوى بالأخذ التملك فغصب.

● **ش:**

يعني: أن الملتقط إذا نوى بأخذ اللقطة تملكها لنفسه فالتقاطه لها بهذه النية غصب فيضمن بكل شيء ولو سماويا كما إذا نوى التملك قبل السنة بعد وضع يده عليها.

● **ص:**

فإن ردها لمكانها بعد بُعْد ضمن لا بقرب وهل ولو أخذها للتعريف فهمان.

● **ش:**

قوله: (لمكانها) نص على المتوهم لئلا يقول لم أحدث فيها حدثا ولم أغير لها مكانا قد وضعتها فيه كما وجدتها فيه فأولى يضمن إذا ردها لغيره وبعد الأول بفتح

---

(١) أخرجه مسلم (١٧٢٤).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٣٣)، ومسلم (١٣٥٥).

الباء ظرف للرد وبعد الثاني بضمها ضد القرب.

والمعنى: أن الملتقط إذا أخذ اللقطة ثم ردها لمكانها أو غيره بعد بعد فضاعت فإنه يضمنها سواء أخذها للتعريف أو ليسأل عنها جماعة هل هي لهم أم لا وأما إذا أخذها للتعريف فهل كذلك لا يضمن أو في هذه الحالة عليه الضمان في ذلك فهمان ومحل كلام «المص» في القسم المكروه؛ لأن الواجب بتركها يضمن وفي الحرام يضمن بأخذها إن لم يردها مكانها؛ لأن ردها واجب.

● ص:

والرقيق كالحر.

● ش:

يعني: أن الرقيق كالحر في الالتقاط فيجري فيه جميع ما تقدم من وجوب أو حرمة وضمان وغير ذلك وليس لسيده متعة الالتقاط؛ لأنه يعرفها حال خدمته فلا يشغله التعريف عن الخدمة.

قال «خ»: وليس لسيده منعه من تعريفها؛ لأنه يصلح في حال تصرفه لسيده ولا يضره.

● ص:

وضمانة قبل السنة في رقبته.

● ش:

ضمانة مصدر مضاف للفاعل وهو ضمير العبد ومفعوله محذوف وهو اللقطة، ومعنى كون ضمانها في رقبته أنه يباع فيها ما لم يفده السيد.

يعني: إذ العبد إذا وجب عليه ضمان اللقطة قبل السنة لتعد أو تفريط أو نية تملك أو غير ذلك فإن ضمانة لها قبل السنة يكون جناية في رقبته فيباع فيها ما لم يغده سيده فلسيده الخيار في الإسلام والغداء وليس له إسقاط الضمان عنه؛ لأن ربها لم يسلطه عليها، بخلاف الوديعة والدين بلا إذن فله إسقاط ضمانها عنه؛ لأن مالكيهما أسلماه مالهما وسلطاه عليه وأما ضمانة لها بعد السنة ففي ذمته يتبع بها إن عتق ولا يباع فيها.

قال «خ»: وإنما كانت بعد السنة في ذمته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[١].

● **ص:**

وله أكل ما يفسد وضمن ما له ثمن.

● **ش:**

قوله: (وضمن ما له ثمن) قال «حش»: ظاهره ولو لم يفسد بل سياقه؛ لأنه يبيعه ويوقف ثمنه وهو أحد أقوال في المسألة. انظر الحاشية. اهـ.

يعني: أن الملتقط حرا أو عبدا يجوز له أن يأكل ما يفسد بالتأخير كلحم وثريد وفواكه وخضر ونحو ذلك سواء وجده بعامر البلد أو بغامرها وليس عليه تعريفه على الراجح لكن ينبغي الاستيناء به قليلًا، وإذا أكله ضمن لربه ما له ثمن، وأما ما لا ثمن له فلا يضمنه، وأما ما لا يفسد بالتأخير كالتمر والزبيب فليس له أكله فإن أكله ضمن إن كان له ثمن لا إن لم يكن له ثمن لقلته جدًا كالتمرة والزبيبة فلا يضمنه إذا أكله.

فتحصل أن ما له ثمن يضمنه مطلقًا كان يفسد بالتأخير أم لا؛ لأنه يبيعه ويوقف ثمنه لربه، وما لا ثمن له لا يضمنه مطلقًا كان يفسد بالتأخير أو لا. هذا ظاهر «المص» بل سياقه كما سبق عن «حش».

وظاهر كلام «دك» و«دص» إن ما يفسد لا يضمنه مطلقًا كان له ثمن أم لا وما لا يفسد يضمنه إن كان له ثمن وإلا فلا.

ولما ذكر «خ» عدم الضمان فيما يفسد والضمان فيما لا يفسد إن كان له ثمن قال: وقول الشيخ عبد الرحمن في القسمين: لا ضمان؛ أي: إن لم يكن له ثمن. اهـ.

● **ص:**

وشاة بفيفاء.

● **ش:**

عطف على ما يفسد أي: وللملتقط أكل شاة وجدها بفيفاء ولم يتيسر حملها

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٩)، ومسلم (١٧٢٢).

للعمران ولا ضمان عليه في أكلها فإن حملها للعمران ولو مذبوحة فربها أحق بها إن علم قبل أكلها وعليه أجرة حملها ووجب تعريفها إن حملها حية كما لو وجدها بقرب العمران أو اختلطت بقيمة في المرعى.

وبعبارة: من وجد شاة من ضأن أو ماعز بفيفاء فذبحها فيها وأكلها فلا ضمان عليه سواء أكلها في الصحراء أو في العمران لكن إن حملها أو الطعام إلى العمران فربها أحق بها إن وجد وليدفع له أجرة حمله فإن أتى بها حية إلى العمران فعليه تعريفها أو يدفعها لمن يثق به يعرفها؛ لأن صارت كاللقطة.

والحاصل: أن هذه الشاة الموجودة بالفيفاء إما أن يتيسر حملها أو سوقها أو يتعسر فإن تيسر حملها أو سوقها وجب عليه ذلك ويعرفها ولا يجوز له أكلها ولا ضمان عليه فإن أكلها لم يأكلها وتكلف حملها للعمران حية وجب عليه تعريفها وعلى ربها أجرة حملها وإن حملها مذبوحة فربها أحق بها إن علم وعليه أجرة حملها.

● ص:

وبقر خيف عليها وإلا تركت.

● ش:

عطف على سابقه؛ أي: وكذا يجوز للملتقط أكل بقر بفيفاء إذا تعسر سوقها للعمران وخيف عليها سبعا وجوع أو عطش أو آدمي ولا ضمان عليه في أكلها فإن تكلف سوقها للعمران عرفت كشاة.

وقولنا: تعسر سوقها؛ احترازًا مما إذا تيسر فإنه يجب عليه سوقها وتعريفها.

ولذا قال «الش»: فإن تيسر السوق للعمران وجب في البقر والشاة. كما في «بن».

قال «حش»: وكذا إذا حملها مزكاة للعمران فوجد ربها فهو أحق بها. اهـ.

وقوله: (وإلا تركت) مفهوم قوله: (ضيق عليها) أي: وإلا يحق على البقر بأن وجدت بمحل أمن بالفيفاء تركت بمحلها إلى ن يأتي ربها فإن أكلها ضمن وإن حملها للعمران عرفت كما لو كانت به.

● ص:

كالإبل وإن أخذت عرفت سنة ثم تركت.

● ش:

تشبيه في الترك؛ يعني: أن الإبل إذا لم يخف عليها خائف يجب تركها مطلقًا وجدها بالصحراء أو بالعمران إن خاف عليها غير الخائف أم لا فإن تعدى عليها وأخذها عرفها سنة ثم تركها بمحلها الذي أخذها منه أما إذا ضيق عليها خائن فإنه يجب لقطها من هذه الحيثية فقولهم الإبل لايراعى فيها خوف أي: خوف جوع أو عطش أو سباع وأما خوف الخائف فموجب للالتقاط.

وبعبارة: تترك الإبل مطلقًا ضيق عليها أم لا وقيل إن ضيق عليها من خائف أخذت وعرفت أو بيعت ووقف ثمنها لربها وقيل إن ضيق عليها من السباع كانت في حكم الغنم لواجدها أكلها وقيل بل تؤخذ لتعرف إذا لا مشقة في حملها ذكره «دص».

● ص:

وكراء نحو البقر في علفها ما يؤمن.

● ش:

عطف على أكل ما يفسد والمراد بالعلف النفقة أي: وله كراء نحو البقر والخيل والبغال والحمير في علفها أي: لأجل علفها كراء مأمونا لا يخشى عليها منه سواء أكراها وجبية أو مشاهرة أو مياومة.

فقوله: (ما يؤمن) أي: ما يؤمن من الكراء أي: ما يؤمن عليها منه بحيث لا يخاف عليها الهلاك أو العطب والعلف بفتح اللام ما تعلف به من فول ونحوه وأما بسكون اللام فهو اسم للفعل.

والحاصل: أن من التقط بقرا ونحوه مما يحتاج للعلف فإنه يجوز له الإنفاق عليه من عنده ويجوز له أن يكريه لأجل علفه بشرط إن يكون الكراء مأمونا.

قال «خ»: وإنما جاز له الكراء مع إن ربها لم يوكله فيه؛ لأن البقر ونحوها لابد لها من النفقة عليها فكان ذلك أصلح لربها.

• ص:

وركوب دابة لموضعه.

• ش:

عطف على ما سبق؛ أي: وكذا أيجوز للملتقط ركوب الدابة التي التقطها من موضع الالتقاط الموضعة وإن لم يتعسر عليه قودها.

• ص:

وإلا ضمن.

• ش:

هذا مفهوم القيود الثلاثة المتقدمة وهي كون الكراء في العلف لا أزيد وكونه مأمونا وكون الركوب في الدابة لموضعه أي: وإلا بأن أكراها زيادة على النفقة أو ما لا يؤمن أو ركب الدابة لغير موضعه ضمن الذات إن هلكت والمنفعة إن سلمت فحذف «المص» مفعول ضمن ليعم ضمان قيمة الذات إن هلكت والمنفعة إن لم تهلك فعلم من ذلك أنه يضمن ما زاد على علفها.

• ص:

والغلة في النفقة والنسل والصوف لربها ولرب ما لا غلة له إسلامه في النفقة أو فداه.

• ش:

يعني: أن غلة اللقطة من لبن وجبن وسمن في النفقة التي أنفقها عليها الملتقط وهل الغلة في النفقة رأسا برأس أو محاسبة خلاف ولرب اللقطة نسلها وصوفها وشعرها ووبرها.

وكذا له الكراء لغير النفقة والكراء الزائد على النفقة على القول بالمحاسبة كما تقدم هذا حكم ماله غلة وأما مالا غلة له فلربه إسلامه للملتقط في النفقة أو فداه بدفع النفقة للملتقط؛ لأنه قام عنه بواجب فإن أسلمه ثم أراد فداه لم يكن له ذلك، كما في «خ» و«دك»، فإن قام الغرماء على ربها بدين قدم الملتقط بقدر النفقة؛ لأنها بيده كالرهن. قاله «حش».

● ص:

وإن باعها بعد السنة فما لربها إلا الثمن وقبلها فضولي.

● ش:

يعني: أن الملتقط إذا باع اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاربها فليس له إلا الثمن الذي بيعت به وليس له نقض البيه سواء باعها بأمر السلطان أو لا ويأخذ الثمن من الملتقط لا من المشتري فإن باعها بمحاباة رجع بقدر المحابات على الملتقط فإن أعدم فعلى المشتري، كما في «حش».

وأما إذا باعها قبل السنة فهو فضولي فيخير ربها في إمضاء البيع ورده إن كانت قائمة فإن فاتت فعليه قيمتها في ذمته إن كان حرا فإن كان عبدا ففي رقبته كالجناية لما مر من أن ضمانه قبل السنة جناية في رقبته.

وبعبارة: قوله: (فما لربها إلا الثمن) أي: ويرجع به على الملتقط ولو عديما لا على المشتري ولو مليا ويرجع على الملتقط بالمحابات أيضًا كالوكيل إن كان مليا فإن أعدم في هذه رجع على المشتري بما جاباه به، بخلاف أصل الثمن والفرق إن المشتري لما شارك البائع في العداء بالمحاباة رجع لعيه بها عند عدم بائعه ولا كذلك عدمه في غير ذلك من الثمن. أفاده «خ».

● ص:

وإن وجدها بيد مسكين أو مشتر منه فله أخذها أو تضمين الملتقط القيمة إلا أن يتصدق بها عن ربها ولم تنقص.

● ش:

يعني: أن رب اللقطة إذا وجدها بيد مسكين تصدق بها عليه الملتقط أو ووجدها بيد مشتر من المسكين فإنه يخير بين أن يأخذها من المسكين أو المشتري منه أو يضمن الملتقط قيمتها ويتركها للمسكين أو المشتري منه فإن فاتت تعينت القيمة على الملتقط، ومحل هذا التخيير إن تصدق بها الملتقط عن نفسه مطلقًا أو عن ربها ونقصت، أما إن تصدق بها عن ربها ولم تنقص فليس له إلا أخذها كما أشار لذلك بقوله: (إلا أن يتصدق بها عن ربها ولم تنقص) أي: فليس له إلا أخذها، فالاستثناء

من التخيير السابق المشار إليه بقوله: (فله أخذها... إلخ)، وإذا أخذها من المشتري رجع المشتري بالثمن على المسكين إن وجد معه وإلا فعلى الملتقط المتصدق بها عليه؛ لأنه الذي سلطه عليها.

قال «حش»: وينبغي أن يرجع عليه بالأقل من ثمنها أو قيمتها يوم تصدق ويرجع بتمام ثمنها على المسكين؛ لأنه الذي باعه.

تنبيه:

تقدم أن الملتقط يغرم القيمة في حالتين إذا تصدق بها عن نفسه مطلقًا أو عن ربها ونقصت لكن غرمه القيمة في هذه الحالة ليس على اللزوم بل على خيار ربها كما سبق الثانية إذا فاتت اللقطة بيد المسكين فيغرم قيمتها على التعيين سواء تصدق بها عن نفسه أو عن ربها.

وإذا غرم الملتقط القيمة لربها في هاتين الحالتين فهل يرجع على المسكين أو لا؟

نقول: أما الحالة الثانية فلا يرجع فيها على المسكين بشيء؛ لأنها فاتت من يده، وأما في الحالة الأولى فإن كان تصدق بها عن نفسه فكذلك لا يرجع عليه باللقطة سواء كانت سليمة أو ناقصة وأما إن تصدق بها عن ربها فيأخذها من المسكين ناقصة وتقدم أنه إذا تصدق بها عن ربها ولم تنقص يتعين على ربها أخذها ولا رجوع لأحد على أحد بشيء فلا يرجع المسكين على الملتقط ولا الملتقط على المسكين.

● **ص:**

وإن نوى التملك قبل السنة فكالغاصب وبعدها لربها أخذها أو قيمتها يوم الملك إن هلكت وخير إن نقصها الاستعمال.

● **ش:**

يعني: أن الملتقط إذا نوى تملك اللقطة قبل تمام السنة فإنه يكون كالغاصب فيضمن حتى السماوي وإن نوى تملكها بعد السنة فربها أخذها إن كانت قائمة لم تهلك وأخذ قيمتها يوم التملك إن هلكت وإن استعملها فنقضها الاستعمال خير

ربها في أخذها ولا أرش له في النقص وفي أخذ قيمتها يوم التملك.

ومفهوم (نقصها الاستعمال): أنها لو نقصت بسماوي لم يكن لربها شيء في نظيره وليس له إلا أخذها كما إذا كانت باقية بحالها، والله أعلم.

● ص:

ووجب لقط صغير لا يقوم بنفسه.

● ش:

يعني: أن الصغير الذي لا يقوم بنفسه في مصالحها من نفقة وغطاء ووطأ ونحو ذلك يجب لفظة على من وجده بمضيعة سواء كان الصغير ذكرا أو أنثى وسواء ند أي: طرح قصدا أو ضل عنه أهله.

وعرف ابن عرفة اللقيط بقوله: صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه فيخرج ولد الزانية ومن علم رقه لقطة لا لقيط.

وقوله: فيخرج ولد الزانية؛ أي: لأنه قد علم أحد أبويه وهو الأم فعليها القيام به ولقط الصغير هو أخذه للحفظ.

وبعبارة: لقط الصغير واجب كفاية إذا وجده جماعة بمضيعة أو كان المكان مطروقا للناس وإلا تعين لقطه على من وجده ويسمى الطفل الملقوط لقيطا واللقيط والمنبوذ بمعنى واحد.

وقيل: اللقيط ما التقط صغيرًا في الشدائد والجلاء أي: خروج الناس عن أوطانهم.

والمنبوذ: ما دام مطروحا ولا يسمى لقيطا إلا بعد أخذه، وقيل: المنبوذ ما وجد بفور ولادته واللقيط بخلافه.

ثم بالغ على وجوب لقط الصغير بقوله:

● ص:

ولو على مرأة ولزوجها رده لمأمون يمكن أخذه فيه حيث لا مال لها.

● ش:

يعني: أنه يجب لقط الصغير ولو على امرأة ثم إن لم يكن لها زوج فظاهر وإن

كان لها زوج فإن أذن لها في أخذه ابتدأ فليس له رده والنفقة عليه ولو كان لها مال؛ لأنه كأنه هو الذي التقطه وإن لم يأذن لها ابتدأ ورضي لها ذلك لزمها وليس لها ولا له رده وإن لم يرض لها ذلك فله رد الصغير لمأذون من الأمكنة يمكن أخذه فيه أي: يمكن لقطه منه وهذا حيث لا مال للزوجة تنفق منه على الصغير فإن كان لها مال فليس له رده ولزمها الاتفاق من مالها على ما سيأتي.

قال «خ»: وظاهره وجوب الالتقاط على المرأة أيضًا، وينبغي أن يقيد بما إذا لم يكن لها زوج وقت أرادتها الأخذ وإلا فله منعها فإذا أخذته فيفرق بين أن يكون لها مال تنفق منه أم لا. اهـ.

● ص:

ونفقته مما ملكه بهبة أو معه أو تحته، برقعة فيها أنه للصبي.

● ش:

قوله: معه أو تحته عطف على ملكه.

يعني: أن نفقة الصغير اللقيط مما ملكه بهبة أو صدقة أو حبس ويحوزه له الملتقط؛ لأنه كأبيه أو مما وجد معه مربوطا بثوبه أو في جيبه أو مما وجد مدفونا تحته برقعه أي: ورقة مكتوب فيها أن هذا المال المدفون تحت الصبي للصبي، فإن لم يكن معه ورقة فالمال الذي تحته لقطة يعرف كما تقدم، فقوله: (برقعة) رجع لما تحته فقط.

● ص:

ثم الفيء ثم كالحضانة على الملتقط ثم عموم المسلمين.

● ش:

(ثم) للترتيب، يفتى أنه إذا لم يكن للصبي شيء مما تقدم فنفعته من الفيء، أي: بيت المال ثم إن لم يعط من الفيء فنفعته كحضانته بجبان على الملتقط حتى يبلغ قادرا على الكسب ولا رجوع له عليه؛ لأنه بالتقاطه ألزم نفسه ذلك إلا إذا علم له مالا حال الإنفاق على ما سيأتي.

ثم بعد الملتقط تجب نفقته وحضانته على عموم المسلمين، وإنما قدم مال المسلمين في فك الأسير لتأخذهم الحمية على الجهاد.

● ص:

ورجع على أب موسر حال الإنفاق إن ثبت تعمد طرحه.

● ش:

يعني: أن الملتقط يرجع بما أنفقه على أبيه إن كان موسرا حال الإنفاق وثبت تعمد طرحه بينة أو إقرار لا بدعوى الملتقط مع مخالفة الأب وحلف أنه أنفق ليرجع لا حسبة وإذا رجع فيرجع بغير السرف فإن كان الأب معسرا حال الإنفاق لم يرجع عليه ولو طرا له مال بعد.

ومفهوم (تعمد طرحه): أنه لو ضل عن أبيه أو هرب أو نحو ذلك لم يرجع المتفق على أبيه الموسر؛ لأن الإنفاق حينئذ محمول على التبرع وكما يرجع على الأب الموسر يرجع أيضًا على ما علمه من مال الصغير حال الإنفاق كما سبق في باب النفقات ولا يرجع بالسرف أيضًا.

● ص:

وحلف إن لم يشهد أنه لم يتبرع.

● ش:

يعني: أن الملتقط لا يرجع على الأب إلا إذا حلف أنه لم يتبرع بالنفقة عليه وهذا إن لم يشهد حال الإنفاق أنه أنفق ليرجع، أما إذا شهد أنه أنفق ليرجع فلا يحلف بل يرجع من غير يمين.

● ص:

والوجه عمد.

● ش:

يعني: أن الأب إذا طرح ولده لوجه كان يطرحه من لا يعيش له ولد لما يقال: إنه يعيش إذا طرح فإن طرحه لوجه عمد فيرجع عليه الملتقط إن ثبت عليه ذلك وكان موسرا حال الإنفاق وحلف أنه أنفق ليرجع.

• ص:

والقول للأب في قدر ما أنفق وحلف مستندا للقرائن.

• ش:

يعني: أنه إذا اختلف الأب والملتقط في قدر النفقة فالقول للأب في قدر ما أنفق الملتقط؛ لأنه غارم ويحلف على ذلك مستندا للقرائن وغلبته الظن.

وكذا لو اختلفا في يسر الأب وقت الإنفاق عليه فالقول في ذلك قول الأب.

وكذا لو تنازعا في طرحه عمدا فادعى الملتقط أن أباه طرحه عمدا وأنكر الأب ذلك فإن القول في ذلك للأب لما جبل عليه من الشفقة على ولده أما لو اختلفا في الإنفاق حسبة فالقول للملتقط بيمينه.

• ص:

وهو حر وولاؤه للمسلمين.

• ش:

يعني: أن اللقيط حر بحكم الشرع ولو التقطه عبد؛ لأن الأصل في الناس الحرية وولاؤه للمسلمين لا للملتقط فيوضع ماله في بيت مال المسلمين إذا مات ولم يكن له وارث إلا أن يجعله الإمام للملتقط وعليه يحمل ما في الموطأ عن عمر لك ولاؤه وعلينا نفقته فكلام عمر رضي الله عنه عن إنشاء جعل لا أخبار عن حكم إلا إذا ثبت أنه كان يري ذلك مذهبا والمراد بالولاء أرثه والعقل عنه أي: فيرثه المسلمون ويعقلون عنه ولا يرثهم وليس المراد بالولاء ما هو لحمة كلحمة النسب؛ لأن هذا إنما يكون عن عتق.

وقوله: (وولاؤه للمسلمين) قيده بعضهم باللقيط المسلم، قال «عج»: ولا مانع من وضع مال الكافر في بيت المال.

• ص:

وحكم بإسلامه في قرية إسلام كبيتين والتقطه مسلم.

• ش:

يعني: أن اللقيط يحكم بإسلامه إذا وجد في قرية إسلام ولو التقطه كافرا وكانت

بين قري الكفار.

وكذا يحكم بـإسلامه إذا وجد بقـرية فيهـا بيتان أو ثلاثـة للمسلـمين إذا التقطه مسلم تغليبـا للإسلام ولا يعول علـى سؤال أهل البـيتين خلافًا لـ«عج» فـإن التقطه كافر فلا يحكم بإسلامه.

فقوله: (والتقطه مـسلم) جملة حـالية قيـد فيما بعـد الكاف والبـيت مثل البيتين وأدخل بالكـاف الثلاثة وأمـا الأربعة فيـحكم بإسلامه وإن الـتقطه كأفـريقي ما إذا التـقطه مسلم في بلدة لا مـسلمين بها فهل هو كـافر تغليبا للـدال وهو ظاهر الأصل ونسب لأبي الحـسن أو هو مـسلم تغليـبا للملـتقط وهو مـا في الذخيرة واستظهره «بن». أفاده «حش».

وعبارة «خ»: إذا وجد في قري الشرك فإنه يكون مشتركا سواء التقطه مسلم أو كان تغليبا للدار والحكم للغالب وهو قول ابن القاسم.

● ص:

ونزع من الكافر وأجبر على الإسلام فإن بلغ وأباه فمرتد.

● ش:

يعنـي: أن اللقيط المحكوم بإسلامـه شرعا بأن وجد ببلـد إسلام كما مر ينزع من ملتقـطه الكافر فإذا نـزع منه أجبر على الإسلام فإن بلغ وأبـي الإسلام فمرتد تجري عليه أحكام المرتدين.

وبعبـارة: اللقيط الـمحكوم بـإسلامه ينـزع من ملتقـطه الكافـر ويقر تـحت يدا المسلمين سواء كان صغيرًا أو كبيرًا كأن لم يطلع عليه حتى بلغ، لكن إن كان صغيرًا يجبر علـى الإسلام وإن لم يطلع عليـه حتى كبر فيـؤمر بالإسلام فـإن أسلم فواضح وإن أبي أجري عليه حكم المرتد. أفاده «خ».

● ص:

وقدم الأكفاء فالأسبق ثم القرعة.

● ش:

يعني: أنه إذا تنازع اثنان أو جـماعة في أخذ لقيط أو لقـطة فإنه يقدم الأكفاء أي:

الأقوى في الحفظ والصيانة والقيام بأمور الطفل فإن استويا في ذلك قدم الأسبق وهو من وضع يده عليه ابتداء أو لو زاحمه غيره وأخذه منه ومحل تقديم الأسبق إذا لم يخش على الطفل الضياع بأخذه أباه وإلا قدم غيره ثم إن استويا في الكفاية والسبق فالتقديم يكون بالقرعة وعطف القرعة ثم المقيدة للترتيب والتراض إشارة إلى أنها متأخرة لا يصار إليها إلا بعد انتفاء الأمرين السابقين وعطف الأسبق بإلغاء إشارة إلى القرب وعدم التراض بينه وبين الأكفاء.

● ص:

وندب الإشهاد ووجب إن ظن استرقاقه هو أو وارثه.

● ش:

يعني: أنه يندب للملتقط الإشهاد عند الالتقاط على أنه التقطه خوف طول الزمان فيدعي الولاية أو الاسترقاق فإن تحقق أو غلب على ظنه أنه يسترق اللقيط هو أو وارثه وجب عليه الإشهاد ففاعل ظن ضمير الملتقط وفاعل وجب ضمير يعود على الإشهاد.

وقوله: (إن ظن) أي: وأولى: إن تحقق.

تنبيه:

يجب على الملتقط أخذ اللقيط ولو خاف من نفسه الخيانة؛ لأن الإشهاد يمنعه. أفاده «حش».

● ص:

وحرم رده إلا أن يأخذه للحاكم أو ليسأل فلانا هل هو ابنه ولم يخش ضياعه.

● ش:

يعني: أنه يحرم على الملتقط رد اللقيط لموضعه أو غيره بعد أخذه للحفظ؛ لأن أخذه فرض كفاية يتعين بالشروع فيه فإن رده ضمنه إلا أن يأخذه للحاكم أو ليسأل عنه فلانا هل هو ابنه أو لا، فلم يقبلاه منه فله رده إذا لم يخش ضياعه بأن يكون الموضع مطروقا بحيث لا يوقف بأن غيره يأخذه فإن تحقق عدم أخذه حتى مات اقتص منه وإن شك فالدية.

قال «خ»: وانظر هل دية عمد أو خطأ.

● **ص:**

ولا يلحق بملتقط ولا غيره إلا بوجه أو بينة.

● **ش:**

يعني: أن اللقيط لا يلحق شرعا بالملتقط ولا بغيره إن ادعاه إلا بأحد أمرين أما بيان وجه مصدق له كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه طرح لما سمع أنه إذا طرح الجنين عاش وكغلاء ونحوه مما يدل على صدقة فيلحق بصاحب الوجه المدعي وأما بينة تشهد بأنه ولده ولا يكفي قولها ذهب له ولد أو طرح فإن أقامها لحق به كان اللقيط محكوما بإسلامه أو كفره فعلم مما تقرر أن كلا من الوجه والبينة عام في الملتقط وفي غيره.

فقوله: (ولا يلحق) أي: لا يلحقه الشرع بملتقطه مسلما كان أو كافرا ولا بغيره مسلما كان أو كافرا.

وقوله: (إلا بوجه أو بينة) أي: في الملتقط وغيره فالصور ثمانية؛ لأن الملتقط إما مسلم أو كافر، وغير الملتقط إما مسلم أو كافر، وفي كل من الأربعة إما بوجه أو بينة.

فإن قلت: قد مر أن مجهول النسب يصح أسلحاقه فكيف توقف معنا على وجه أو بينة يجاب بأن هذا مستثني من قولهم كل مجهول نسب يصح استلحاقه وبأن شرط الاستلحاق أن لا يكون مولي لمن كذب المستلحق بالكسر وهنا لما ثبت ولاؤه للمسلمين كان ذلك بمنزلة تكذيب مولاه للأب المستلحق له فتوقف على ما ذكر.

فالجواب: الأول أحسن؛ لأن الثاني معترض بأن مجهول النسب ولاؤه للمسلمين أيضًا فمازال الأشكال باقيا على أن الولاء هنا ليس على حقيقته إذا المراد به الإرث كما تقدم.

قال «حش»: ولعل الأولى في الجواب أنه يشدد في اللقيط؛ لأن الشأن المسارعة لحوزه فيخشي التجاسر على استلحاقه فاحتيج لمقوي.

• ص:

وليس لذي شائبة أخذه إلا أن يأذن السيد.

• ش:

يعني: أن من فيه شائبة حرية كالمكاتب وأولى القن ليس له أخذ اللقيط؛ لأنه مشغل له بسبب تربيته وحضانته إلا أن يأذن له السيد في أخذه فله ذلك وإنما احتاج المكاتب لأذن سيده مع أنه أحرز نفسه وماله؛ لأن نشاطه ربما أدي لعجزه لاشتغاله بترتيب، ولأن حضانته من التبرع وهو ليس من أهله وأما اللقطه فله أخذها وتفريضها بغير إذن سيده ولو قنا إذ تفريضها لا يشغله عن خدمة سيده هذا هو الفرق بين اللقطه واللقيط بين في حق العبد.

وقد أشار «الش» لهذا الفرق بقوله: لأن مشغل؛ أي: ليس لذي الشايبة أخذ اللقيط؛ لأنه مشغل كما سبق، بخلاف اللقطه فإن تقريضها لا يشغله إذ قد له عن السعي والخدمة صح يعرفها حال خدمته كما سبق.

• ص:

وندب أخذ آبق وإن جهل ربه كره فإن فعل واجد رفعه لإمام عدل فيوقفه سنة ثم باعه وأخذ النفقة وقيد أوصافه.

• ش:

يعني: أن من وجد عبدا آبقًا فإنه يندب له أخذه لسيده إن عرف سيده؛ لأنه من باب حفظ الأموال وهذا إذا لم يخش ضياعه وإلا وجب عليه أخذ له فإن جهل رب العبد كره أخذه فإن نزل وأخذه رفعه للإمام العدل لرجاء من يطلبه منه ويطلب رفعه للإمام ولو جاء من يدعيه فإذا رفعه للإمام أوقفه الإمام عنده سنة وينفق عليه، فإن أرسله فيها ضمن ومحل إيقافه السنة إن لم يخش هروبه وإلا بيع ولا يسجن.

وإذا وقفه الإمام عنده سنة ولم يأت ربه باعه بعدها وأخذ النفقة من ثمنه كأجرة الدلال ويجعل الباقي من الثمن في بيت المال ويقيد الإمام أوصاف العبد في سجد لينظر مدعيه فيكتب اسمه وحليته وبلده وربه وتاريخه ونحو ذلك مما يحتاج لتسجيله ويشهد بجميع ذلك فإن جاء من يطلبه قابل ما عنده فإن وافق رفع له الباقي

من الثمن بعد النفقة وأجرة الدلال.

قال «خ»: و(الآبق) هو من ذهب في أسار بلا سبب، وإلا فهو (هارب).

• ص:

ولا يرد بدعوى ربه عتقه بل باستيلاء من لا يتهم بحبها إن وجد الولد.

• ش:

يعني: أن الإمام إذا باع الأبق بعد السنة كما تقدم فجار به وادعى أنه كان أعتقه قبل الإباق أو بعده فإنه لا يرد بيعه بدعوى ربه عتقه لاتهامه على نقض بيع الإمام بالوجه الجائز وإنما له أخذ الثمن، بل يرد البيع بدعواه استيلاء أمة لم يتهم بحبها إن وجد الولد رعيا لنسبه، أما إذا اتهم بحبها أو لم يوجد الولد، لم ينقض بيع الإمام.

وهذا كله إذا كانت مجرد دعوى من رب الأبق كما يفيده التعبير بدعوى، وأما البينة فيعمل بها مطلقًا في العبد والأمة اتهم بحبها أو لا، وجد معها الولد أو لا.

و(من) في قوله: (باستيلاء من لا يتهم) واقعة على أمة فدل آخر كلامه على أن حكم الأمة حكم العبد في قوله: (وندب أخذ أبق... إلخ).

• ص:

وله عتقه وهبته لغير ثواب ويقام عليه الحد.

• ش:

قوله: (وله) أي: لرب الأبق؛ يعني: أن رب الأبق يجوز له عتقه وتدبيره حال إباقه والتصدق به لا والإيصاء به للغير وهبته لغير الثواب وأما للثواب فلا يجوز؛ لأنها بيع والأبق لا يجوز بيعه وإذا فعل الأبق حال أباقه فعلا يوجب الحد من قتل أو جلد فإنه يقام عليه الحد وجوبا ولو رجما كاللواط سواء كان فاعلا أو مفعولا ولا يراعي حق السيد ولا حق المتفق عليه.

وبعبارة: يقام على الأبق الحد إذا فعل موجبه في حال إباقه ولو رجما ونص على ذلك لئلا يتوهم أنه لا يقام عليه الحد لغيبة سيده أو لأن قد يكون في يدمن اتفق عليه نفقة فيخشى عليه الموت من الحد فتضيع نفقته.

● **ص:**

وضمنه إن أرسله إلا أن يقول خفته ولم تكذبه القرائن لا إن أبق أو تلف ولا يمين.

● **ش:**

فاعل (ضمن) ضمير يعود على من أخذ العبد الأبق.

وقوله: (لا إن أبق) عطف بلا النافيه على قوله: (إن أرسله).

وقوله: (ولا يمين) مرتب على محذوف أي: فلا ضمان ولا يمين على من أخذ الأبق حيث أبق أو تلف بلا تعد منه.

والمعنى: أن الأبق إذا أرسله من أخذه فضاع فإنه يضمن قيمته لربه يوم الإرسال إذا جاء ربه إلا أن يقول الأخذ المرسل للعبد أنا خفته أي: خفت من أن يقتلني أو يؤذني في نفسي أو مالي ولم تكذبه في ذلك القراين فإنه لا يضمن ويصدق في أنه أرسله للخوف منه، بخلاف ما إذا أرسله خوفا من شدة نفقته عليه فإنه يضمن.

والظاهر أن محل عدم الضمان فيما تقدم وهو ما إذا ادعى الخوف منه إذا لم يمكنه رفعه للإمام وإلا فليرفعه ولا يرسله وإلا ضمن. أفاده «خ».

ومفهوم (لم تكذبه القرائن): أنها إذا كذبته قرائن الأحوال في دعوى الحرف منه فإنه يضمن هذا حكم الإرسال وأما إذا أبق أو تلف بلا تعد من الأخذ فلا يضمنه ولا يمين عليه أي: يصدق في دعواه الأباق أو التلف من غير يمين، بخلاف المرتهن إذا ادعى أن العبد الراهن أبق أو تلف فإنه يحلف أنه أبق أو تلف بغير تفريط ولا تعد من، والفرق بينهما أن المرتهن قبض لحق نفسه في التوثق فشدد عليه وأما الملتقط فهو أمين محض وأيضا الملتقط نفقته على الأبق في رقبته فلا يتهم بالتفريط لضياع نفقته عليه، بخلاف المرتهن فإن نفقته في ذمة الراهن.

تنبيه:

إذا استأجر شخص الأبق من نفسه أو من ملتقطه في عمل يعطب فيه وعطب بالفعل فإنه يضمنه المستأجر علم أنه أبق أو لا، وإن سلم ضمن أجرة المثل لربه ذكره الأصل ولم يذكره «المص»؛ لأنه يغني عنه قوله السابق: (وكراء نحو البقر في علفها ما يؤمن وإلا ضمن).

● ص:

واستحقه بيمين مع شاهد أو شاهدان.

● ش:

قوله: (أو شاهدان) مبتدأ محذوف الخبر أي: أو شاهدان كذلك أي: يستحقه بها فهو في عطف الجمل فقد عطف جملة اسمية على جملة فعلية وإنما لم يعطفه على شاهد ويجعله من عطف المفردات بحيث يقول مع شاهد أو شاهدين بالجر؛ لأن هذا العطف يقتضي أنه يحلف مع الشاهدين كالشاهد وليس كذلك؛ لأن الشاهدين لا يمين معها.

فإن قلت: لم لم يعطفه على يمين ويعبد معه الجار بأن يقول واستحقه بيمين مع شاهد أو بشاهدين مع أن المعنى عليه مستقيم قلنا: لو فعل ذلك لفاته الاختصار بزيادة الباء.

والمعنى: أن رب الأبق يستحقه ملكا ممن أخذه بيمين مع شاهد واحد من غير استثناء أو بشاهدين بلا يمين ولو كانت شهادة من ذكر في كتاب قاض لا ضر بأن يقول له في الكتاب شهد عندي أن فلانا الأبق لفلان، كما سيأتي.

تنبيه:

إذا أخذ شخصا إبقاء ونوي تملكه قبل السنة فإنه يكون بهذه النية غاصبا فيضمنه لربه ولو تلف بسماوي.

● ص:

وبوصفه إلا أن يقر العبد لمن لا ينكره فله.

● ش:

قوله: (وبوصفه) عطف على قوله: (بيمين) أي: أو استحقه ربه أيضًا بوصفه.

يعني: أن رب الأبق إذا وصفه بالصفات القائمة به فإنه يأخذه بالوصف إلا أن يقر العبد لشخص لا ينكره فإنه يكون للمقر له.

والحاصل: أنه إذا وصفه ربه بصفاته وكذبه العبد فإنه يأخذه بهذا الوصف إذا لم يقر العبد بأنه لفلان أو أقر وكذبه المقر له فإن صدقة أخذه المقر له.

• **ص:**

وبدعوى لم يكذبها العبد.

• **ش:**

عطف على ما سبق أيضًا؛ يعني: من ادعى أن هذا الأبق عبده ولم يكذب العبد دعواه فإن المدعي يأخذه بدعواه التي لم يكذبها العبد لكن إنما يأخذه بهذه الدعوى حوز إلا ملكا بعد الاستئناء باجتهاد الحاكم فإن جاء غيره وأثبته ترع منه لمن أثبته؛ لأنه إنما أخذه بهذه الدعوى جوزا لا ملكا كما عرفت أما إذا كذبه العبد في دعواه فلا يأخذه بمجرد الدعوى.

تنبيه:

من هرب له عبد من قطر إلى قطر آخر فإن سيد العبد يشهد عند قاض أنه هرب له عبد صفته كذا فإذا وصل رب العبد بالكتاب، وكذا فيكتب هذا القاضي للقاضي الذي هرب العبد في قطره أنه ثبت عندي أن صاحب كتابي هذا هرب له عبد صفته كذا فإذا وصل رب العبد بالكتاب للقاضي المرسل إليه فإنه يدفع له العبد أن طابق الوصف المذكور في الكتاب وصف العبد الخارجي ولا يبحث عن بينة ولا غيرها ذكر هذه المسألة الأصل هنا وأخرها «المص» لمحلها وهو القضاء، والله أعلم.

* * *

باب [في بيان أحكام القضاء وشروطه]

وهو لغة يطلق على معان مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه، فيطلق على الأمر نحو: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ﴾ [الإسراء:٢٣]؛ أي: أمر ألا تعبدوا إلا أياه.

وعلى الأداء نحو: قضيت الدين، ومنه: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَوٰةَ﴾ [النساء:١٠٣].

وعلى الفراغ نحو: ﴿وَقُضِيَ الْأَمْرُ﴾ [البقرة:٢١٠] أي: فرغ.

وعلى الفعل نحو: ﴿فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ﴾ [طه:٧٢].

وعلى الإرادة نحو: ﴿إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا﴾ [آل عمران:٤٧].

وعلى الموت نحو: ﴿قَضَىٰ نَحْبَهُۥ﴾ [الأحزاب:٢٣] أي: مات، ومنه: ﴿لِيَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ﴾ [الزخرف:٧٧].

وعلى الحكم والإلزام، وهو المراد هنا نحو: قضيت عليك بكذا.

وشرعا: هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين، وحبس، وقتل، وجرح، وضرب، وسب، وترك صلاة ونحوها، وقذف، وشرب، وزنى، وسرقة، وغصب، وعدالة وضدها، وذكورة وأنوثة، وموت وحياة، وجنون وعقل، وسفه ورشد، وصغر وكبر، ونكاح وطلاق، ونحو ذلك، ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضي.

مثاله: لو ثبت عنده دين أو طلاق فالحكم تارة بالدين أو الطلاق ليرتب على ذلك الغرم أو فراقها وعدتها أو يحكم بالغرم أو الفراق لما ثبت عنده على حسب ما يقتضيه الحال من الرفع له.

والحكم: الإعلام على وجه الإلزام.

والقاضي: الحاكم بالأمور الشرعية من له الحكم وإن لم يحكم بالفعل ولا يستحق القضاء شرعا إلا من وجدت فيه الشروط الآتية.

والقضاء أصله قضائي؛ لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، ويجمع على أقضية.

وعرفه ابن عرفة بقوله: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة العظمى. اهـ.

وقوله: صفة حكمية؛ أي: تقديره أي: يقدر قبلها بالموصوف؛ أي: يحكم له بقيامها به.

وقوله: توجب لموصوفها نفوذ حكمه؛ أي: توجب له ذلك وإن لم يحكم بالفعل، ففيه رد على من عرفه بأنه الفصل بين الخصمين؛ لأنه قاصر على الفصل بالفعل مع أن القضاء أعم من ذلك لأنه معنى يوجب له نفوذ الفصل وإن لم يفصل كما عرفت والقضايا لفعل إنشاء لا أخبار على التحقيق.

وقوله: نفوذ؛ أي: إمضاء، وهو بالذال المعجمة بمعنى الإمضاء، وبالمهملة بمعنى الفراغ، قال تعالى: ﴿لَنَفِدَ ٱلْبَحْرُ﴾ [الكهف:١٠٩].

وقوله: حكمه؛ أي: يفي الأموال والدماء والفروج ونحو ذلك.

وقوله: ولو بتعديل؛ مبالغة في مقدر؛ أي: يوجب نفوذ حكمه بغالب الأشياء التي يحكم بها ولو كان بتعديل فالتعديل والتجريح من متعلق الحكم.

وقوله: لا في عموم مصالح المسلمين؛ أخرج به الإمامة كما عرفه؛ لأن القاضي ليس له قسم القائم ولا تفريق أموال بيت المال ولا ترتيب الجيوش ولا قتل البغاة ولا الإقطاعات.

وقوله: فيخرج التحكيم؛ مفرع على قوله: ولو بتعديل وتجريح؛ فهو خارج بهذه المبالغة؛ لأن المحكم لا يحكم فيما ذكر؛ لأنه أمر مختص بالقضاة.

وقوله: وأخواتها؛ أي: أخوات ولاية الشرطة كالوالي والأغا والجاويشة والانكشارية، وسموا أهل شرطة؛ لأنه لهم شرطة؛ أي: علامة يميزون بها كالنشان المعروف الآن عند أهل الدولة.

واعلم أن القضاء من العقود الجائزة فهو منحل من الطرفين كالجعالة والقراض قبل الشروع في كل منها والمغارسة والتحكيم والوكالة وإلى هذا أشار بقوله:

● ص:

عقد القضاء منفك من الجهتين فله الهرب.

● ش:

يعني: أن عقد القضاء الحاصل بتولية الإمام وقبول المولي منفك من الجهتين أي: جهة الإمام والمولي وهو القاضي فللإمام عزله لمصلحة وله الهرب من القضاء فهو ليس كغيره من فروض الكفاية يتعين بالشروع فيه لشدة خطره؛ ولذا قيل من تولي القضاء فقد ذبح بغير سكين وتثبت التولية بالإشاعة وبالكتاب الثابت وأول من رتب القضاة معاوية وكان قبل ذلك العمال هم القضاة، قالوا: ولم يصح ما زعمه أهل العراق من أن عمر ولى شريحًا القضاء. أفاده «حش».

● ص:

ولا ينعزل بعزله لغير مصلحة.

● ش:

هذا في المعين استدراك على قوله: (منفك من الجهتين) دفع به ما يتوهم من أن للإمام عزل القاضي ولو لغير مصلحة. يعني: أن القضاء وإن كان منفكا من الجهتين إلا أنه لا ينعزل القاضي بعزل الإمام له لغير مصلحة كما في الأصل، وهو النقل، وتعقبه ابن عرفة بأن عدم نفوذ عزله يؤدي إلى لغو تولية غيره، فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين. وأجيب: بأن المولي يصير قاض ضرورة فتنفذ أحكامه للضرورة وإنما هذا بيان للحكم عند استقامة الأمور. أفاده «حش».

ومفهوم (لغير مصلحة): أنه إذا عزلة الإمام لمصلحة اقتضت عزله ككون غيره أعلم منه أو أفضل أو أجلد أو أحكم أو أبصر أو أضر أو أقوي منه أو لينقله لبلد آخر فإنه ينعزل بعزله وعزل من في بقائه مفسدة واجب ومن يخشى مفسدته مستحب.

● ص:

ولزمه إن ترتب على عدم ولايته ممنوع فيطلبه ويجبر عليه وإن بضرب.

● ش:

يعني: أن الشخص المتجمع لشروط القضاء يلزمه قبوله إذا طلب له إن ترتب

على عدم ولايته أمر ممنوع كضياع حق له أو للناس، وكذا إذا خاف فتنة على نفسه أو ولده أو ماله أو على الناس ومن القواعد ارتكاب أخف الضررين و إذا لزمه القضاء لما ذكر فيطلبه وجوبا إن لم يطلب له و إذا طلب فأباه ولم يقبله فإنه يجبر على قبوله ولو بضرب أو سمن فقد أقام الإمام حولا يجبر سحنونا على قبول القضاء فلم يقبله فلما تخوف منه قبله.

ولما ولي سحنون القضاء قال له رجل من أهل الأندلس: وددنا والله أن نراك فوق أعواد نعشك ولا نراك قاضيا.

ومفهوم قوله: (إن ترتب على عدم ولايته ممنوع): أنه إذا لم يترتب على عدمها ممنوع لا يلزمه الطلب ولا القبول وله الهرب كما مروا إذا لزمه طلب القضاء فطلبه فمنع منه إلا ببذل مال فهل يجوز له بذله قيل نعم؛ لأنه لتحصيل أمر واجب وقيل لا يجوز واستظهر؛ لأنهم قالوا: إنما يلزمه القبول إذا تعين أن كان يعان على الحق وبذل المال في القضاء أول الباطل الذي لم يعن على تركه فيحرم عليه هذا كله إذا وجب عليه القضاء وأما بذل مال في طلب يجب عليه فحرام قطعا وولايته باطلة وقضاؤه مردود ولو صوابا فلا يرفع خلافًا.

قال «دص»: وقضاة مصر يبذلون الأموال في نظير أكل أموال الناس بالباطل بلا شبهة ولا سيما إذا كانوا يتامى أو صغار فلا يبقي لهم القضاة من أموالهم إلا ما قل نسأل الله تعالى العافية فأحكامهم لا تنفذ بالضرورة على أن قاضي القاهرة في الغالب لا يسمع دعوى ولا يعرف حقيقتها وإنما يضبط الشاهد في شهود المحكمة القضية ويكتبها ثم يمضي بها إلى القاضي فيكتب اسمه ويضع خاتمة من غير زيادة. اهـ.

• ص:

وحرم لقاصد دنيا.

• ش:

يعني: أنه يحرم طلب القضاء أو قبوله لطالب دنيا من المتداعيين؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وأما طال مال مما هو للقضاء في بيت المال أو من وقف عليه

فلا يحرم بل يندب إذا

كان في ضيق وأراد التوسعة عياله من ذلك وكما يحرم على قاصد تحصيل الدنيا يحرم على الجاهل الذي لا يعرف الأحكام الشرعية؛ لأن جهله يؤديه إلى مخالفة الأمور المتفق عليها.

● ص:

وندب ليشهر علمه كي يعلم.

● ش:

لما ذكر الواجب مقدما على غيره؛ لأنه أشرف، وثنى بمقابله وهو الحرام، وثلَّث بالمندوب، فقال: (وندب... إلخ).

والمعنى: أنه يندب طلب القضاء لعالم خفي علمه على الناس ليشهر علمه بالقضاء لأجل أن يعلم الجاهل ويرشد المستفتي فكي للتعليل وأما إذا قصد بالقضاء شهرة علمه الخفي على الناس لأمر دنيوي فلا يجوز له ذلك.

ثم شرع في بيان من هو أهل للقضاء لاستجماعه لشروطه فقال:

● ص:

وأهله عدل شهادة فطن.

● ش:

المراد بأهل القضاء مستحقه شرعا وعدل الشهادة أهل للقضاء ولو عتيقا عند الجمهور والعدالة المذكورة تستلزم الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وعدم الفسق فكأنه قال: المستحق للقضاء مسلم بالغ عاقل حر غير فاسق فطن أي: زكي فيمن لم يتصف بجميع هذه الصفات فليس أهلا للقضاء ويشترط فيه أيضًا الذكورية فلا تصلح للقضاء امرأة ولا خنثى وتذكير الوصفين يشعر باشتراط هذه الشروط وجعل «الش» الذكورية والفطن ضد المغفل الذي ينخدع بتحسين الكلام ولا يتفطن لما يوجب الإقرار والإنكار وتناقض الكلام فالفطنة جودة الذهن وقوة إدراكه بمعاني الكلام بأن يكون عنده من جودة العقل ما يرد به المتحد متعددا أو ما يرد به المتعدد متحدا أو ما يرد به الصحيح فاسدا وعكسه كما إذا كان عند غيره متحدا لبلاهة

وبلادته ويكون عنده هو متعددا أو بالعكس أو يكون عند غيره صحيحا وعنده هو فاسدا وبالعكس.

وقوله: (فطن) ليس المراد به المبالغة في الغطانة بدليل قوله الآتي: (ولا زائد الغطانة) وإنما هو من باب النسب كقولهم فلان لبن بكسر الباء أي: صاحب لبن وفلان تمر بكسر الميم أي: صاحب تمر.

تنبيه:

إذا تعذر إجماع الأوصاف السابقة في شخص قدم من فيه الأهم منها كما في «عب» والعاقل مقدم على العالم الأحمق؛ لأن العاقل إذا طلب العلم وجده أفاده «الش».

• **ص:**

وزيد للخليفة قرشي.

• **ش:**

يعني: أن الخليفة وهو الإمام الأعظم يشترط فيه الشروط السابقة في القاضي ويزاد فيه على ما سبق شرط آخر وهو أن يكون قرشيا أي: من قريش؛ لأن النبي ﷺ جعل الخلافة في قريش فلا تصح إمامة غير القرشي وقريش، قيل: هو فهو ابن مالك ابن النضر والأكثر على أنه النضر.

قال «خ»: الأصح أن قريشا ولد فهو والأثر والأكثر أنهم ولد النضر. اهـ.

ولذا قال بعضهم: وفي قريش الأصح فهو جماعها والأكثرون النضر، ولا يشترط أن يكون الخليفة عباسيا ولا علويا لإجماع الصحابة على خلافة الصديق وهو تميمي ثم عمر بن الخطاب وهو عدوي ثم عثمان وهو أموي ثم على وهو هاشمي والكل من قريش ثم استقرت الخلافة في بني أمية مع كثرة الفتن وأولهم معاوية رضي الله عنه ثم في بني العباس ثم اختلطت حتى جعلت في العتقي.

قال بعضهم: الأولى أن يكون القرشي عباسيا ولا دليل له في ذلك فهي دعوى خالية عن الدليل لما عرفت من إجماع الصحابة على خلافة الأربعة مع أن كلا منهم غير عباسي ثم إن هذه الشروط التي في الخليفة إنما تعتبر في الابتداء في الدوام

أيضًا فلو طرأ عليه فسق كأخذ الأموال ظلما فلا يعزل، بخلاف غيره من قاض أووال أو وصي فإنه يعزل إذا تغير وصفه وللموكل عزل وكيله مطلقًا ولا يتعدد الخليفة إلا بقطر بعد جدا بحيث لا تنفذ فيه أحكام الأول.

● ص:

ونفذ قضاء أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله.

● ش:

لما ذكر ما يجب شرطا في صحة ولاية القاضي ذكر ما هو واجب غير شرط وهو أن يكون ذا بصر وسمع وكلام فلا يجوز تولية الأعمى والأبكم والأصم فإن وقع ذلك وحكم واحد من هؤلاء الثلاثة نفذ حكمه حيث كان صوابا؛ لأن هذه الصفات ليست شروطا في الصحة لا في الابتداء ولا في الدوام وإنما هي واجبة غير شرط في الابتداء والدوام؛ ولذا قال: ووجب عزله أي: أن كل واحد من هؤلاء الثلاثة ينفذ حكمه بعد الوقوع ولا ينقض ولكن يجب على السلطان عزله لتعذر غالب الأحكام منه وسواء تولى وهو على هذه الحالة أو طرأت عليه بعد الولاية فاستفيد مما ذكره «المص» امرأت صحة حكمه بعد الوقوع وعدم جواز توليته ابتدأ ودواما.

قال «خ»: والأمي كالأعمى ويجوز توليته للفتوى لكن نقل «حش» عن الحطاب عن ابن عبد السلام أنه يشترط في القاضي أن يعرف الكتابة على المعتمد.

● ص:

وصح مقلد وإن وجد مجتهد.

● ش:

يعني: أنه يصح توليته المقلد لمجتهد ولو وجد مجتهد مطلق ولو كان المقلد غير أمثل والأمثل هو الذي له فقه كامل يضبط به المسائل المنقوله ويستخرج به ما ليس فيه نص بقياس على المنقول في مذهب أمامه وعلى الأصل أو باعتبار الأصل وما مشى عليه «المص» هو الأصح فلا لما في الأصل من أنها لا تصح ولاية المقلد مع وجود المجتهد نعم إذا وجد المجتهد فهو أولى من المقلد والمجتهد المطلق كالأئمة الأربعة ومجتهد المذهب كأصحابهم نحو ابن القاسم وأشهب ومجتهد

الفتوى هو من له قوة على الترجيح في الأقوال وهل يجوز الاجتهاد المطلق بعد الأربعة أو لا؟ في ذلك نزاع.

تنبيه:

إذا ولى المقلد فإنه يجب عليه أن يحكم بالراجح من مذهب مقلده بفتح اللام سواء كان قوله أو قول أصحابه لا بالضعيف ولا بغير مذهبه، وكذا المفتي فإن حكم بالضعيف نقض حكمه إلا إذا لم يشتد ضعفه وكان الحاكم من أهل الترجيح وترجح عنده ذلك الحكم بمرجح من المرجحان فلا ينقض كما لو قاس عند عدم النص وهو من أهله، فإن لم يكن من أهل الترجيح فهو مقلد.

قال «دص»: ويجوز للإنسان أن يعمل بالضعيف لأمر اقتضى ذلك عنده، وقيل: بل يقلد قول الغير إذا كان راجحا في مذهب ذلك الغير.

فإن قيل: ما فائدة ذكر الأقوال الضعيفة في كلامهم إذا كان لا يجوز العمل بها ولا الفتوى.

قلنا: أمور ثلاثة:

الأول: اتساع النظر والعلم بأن الراجح المذكور ليس بمتفق عليه.

والثاني: معرفة مدارك الأقوال فلمن له الترجيح ترجيح ما ضعف لقوة المدرك عنده.

والثالث: العمل به في نفسه إذا اقتضت الضرورة ذلك. اهـ.

• **ص:**

وندب ورع غنى حليم نزه نسيب مستشير غير مدين ولا محدود ولا زائد الفطانة.

• **ش:**

يعني: أنه يندب في حق القاضي أن يكون ورعا وهو التارك للشبهات خوف الوقوع في المحرمات وأما الأورع فهو التارك لبعض المباحات خوف الوقوع في الشبهات.

وكذا يندب أن يكون غنيا أي: ذا مال ينفق منه على نفسه وعياله؛ لأن الغني مظنة التنزه وترك الطمع خصوصا إذا انضم له ورع وأما الفقير فيتطرق إليه مقالة السوء.

قال الشافعي رضي الله عنه: من ولي القضاء ولم يفتقر فهو سارق، وذكر «خ» أنه يندب أن يكون بلديا لعلمه بأحوال الشهود.

وكذا يندب أن يكون حليما على الأخصام ليس بسيء الأخلاق فإن سوء الخلق منشأ للظلم وأذية الناس.

وفي «خ»: أنه يندب الحلم ما لم تنتهك حرمة الشرع أو يوسي عليه أحد في مجلسه.

وكذا يندب أن يكون نزها عن الطمع والتطلع فما في أيدي الناس بأن يكون كامل المروءة بترك ما لا يليق من سفاسف الأمور.

قال عمر بن عبد العزيز: وأن يكون ذا نزاهة عن الطمع مستخفا للأئمة؛ أي: ولاة الأمور أي: يدير الحق على عن من دار عليه ولا يبالي بمن لأمه على ذلك.

وكذا يندب أن يكون نسيبا أي: معروف النسب ولو لم يكن قرشيا لئلا يتسارع الناس للطعن فيه كابن الزنى واللعان ونسيب من صنع المبالغة ومعناه معروف النسب كما قلنا وغير معروف النسب تجوز توليته مع الكراهة ولو كان انتفاء نسبه محققا فتجوز ولاية ولد الزني ولكن لا يحكم في الزنى لعدم شهادته فيه وأما المحدود في الزنى فعند أصبغ يحكم فيه ولا يشهد فيه وعند سحنون لا يحكم فيه كولد الزنى.

وكذا يندب أن يكون مستشيرا لأهل العلم في المسائل فلا يستقل برأيه وإن مجتهدا؛ لأن الصواب لا يتقيد به بل بهما يظهر الصواب على يد من هو أدنى منه بل على يد جاهل كما في «دك» ولا يتكرر هذا مع قوله الآتي: (وأحضر العلماء) أي: ليشاورهم؛ لأن هذا معناه أنه يندب أن شأنه الإشارة وعدم الإعجاب برأيه وما يأتي معناه طلب تحصيل الإشارة بالفعل فاندفع ما لابن كما يؤخذ من «حش».

وكذا يندب أن يكون غير مدين لأن المدين مسخط الرتبة عند الناس ولا يغني عن هذا قوله: (غني) لأن الغناء لا ينافي الدين فقد يكون غنيا وهو مدين.

وكذا يندب أن لا يكون محدودا في زنى أو قذف أو شرب أو سرقة أو غير ذلك؛ لأن رتبته أحط من رتبة المدين عند الناس وإن كان الموضوع أنه تاب.

وبعبارة: قوله: (ولا محدود) أي: مطلقًا ولو قضى في غير ما حد فيه ولم تقبل

شهادة الشاهد فيما حد فيه؛ لأن القاضي يعتمد على شهادة غيره، بخلاف الشاهد فبعدت التهمة.

وكذا يندب أن لا يكون زائدا في الفطانة عن عادة الناس لئلا يعول عليه ويترك الشرع من طلب البينة وتجريحها وتعديلها وطلب اليمين ممن توجهت عليه وغير ذلك فلا يحكم الحاكم بالفراسة بكر الفاء ويترك قانون الشريعة.

وقوله: (ولا زائد الفطانة) يشير به إلى أن أصل الفطانة لابد منها كما سبق.

قال «حش»: مما يناسب حديث الفطانة ما حكاه الحطاب أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالبصرة عدي بن أرطاة: أن اجمع بين القاسم بن معاوية وإياس وانظر أيهما أنفذ للقضاء فوله، فجمع بينهما وأخبرهما بما أمر به عمر فقال له إياس: القاسم أحق بذلك مني وسل عني وعنه فقيهي البصرة الحسن وابن سيرين وكان القاسم يأتيهما وإياس لا يأتيهما فعرف أنهما إن سئلا أشارا بمن يعرفانه، فقال القاسم: لا تسأل عني ولا عنه والله إن إياسًا أحق مني فإن كنت كاذبا فلا عليك أن تولي كاذبا وإن كنت صادقا فاتبعني، فقال إياس: يا عدي إنك أوقفت رجلا على شفير جهنم فخلص نفسه منها بيمين فاجرة ويستغفر الله. فقال له: حيث فطنت لها فأنت صاحب القضية وولاه.

تنبيه:

ذكر الأصل أنه يندب أن يكون خاليا عن بطانة السوء؛ لأنها تسرع بالضرر لمن هي حوله فالسلامة منها رأس كل خير ومراده البطانة التي تهم منها السوء وإلا فالسلامة منها واجبة.

وبِطانة الرجل بكسر الباء: أصحابه الذين يعتمد عليهم في شأنه.

وهذا الذي ذكره الاصل يمكن دخوله في قول «المص»:

● ص:

وإبعاد الأصحاب وتقليل الأعوان خصوصا من قدم واتخاذ مزكي الستر يخبره بما يقال في سيرته وحكمه وشهوده وتأديب من أساء عليه بمجلسه إلا في مثل اتق الله فليرفق به واعتمد في التأديب على ما سمع.

● **ش:**

عطف على المندوبات السابقة؛ يعني: أنه يندب للقاضي أن يبعد أصحابه عنه فلا يخالطهم في الركوب ولا الجلوس ويستعمل الانفراد ما أمكن إذ كثرة الاجتماع لا خير فيها مع اتهامه أنه لا يستوفي عليهم الأحكام الشرعية. ولبعضهم:

لقاء الناس ليس يفيد شيئًا ... سوي الهذيان من قيل وقال

فأقلل من لقاء الناس إلا ... لأخذ علم أو إصلاح حال

ويستثنى من أبعاد الأصحاب ما إذا احتاج لهم في أمر الخصومات ورفع الظلومات أو كانوا أهل أمانة وفضل ونصيحة.

وكذا يندب للقاضي تقليل الأعوان خصوصا من قدم منهم عنده وطالت مدته فإنه يزيد شره بالناس؛ لأنهم لا يسلمون غالبا من تعليم الأخصام الحيل وقلب الأحكام كما هو مشاهد فعينهم غالبا في هذا الزمان تعليم الخصومات وقلب الأحكام وكان سابقا رزقهم من بيت المال والأعوان هم الرسل والوكلاء والكتاب والشهود فيقتصر على قدر الضرورة من خادم وكانت وشهود ورسول وسجان ونحو ذلك وخصوصا منصوب على المفعولية المطلقة بعامل محذوف أي: أخصي بندب الأبعاد خصوصا من قدم بكر الدال أي: من طالت يده مدته عنده.

وكذا يندب للقاضي اتخاذ مزكي السوء من أهل الأمانة والصلاح وهو من بخبره بما يقال في سيرته من خير أو شر فيحمد الله في الأول ويتنحى في الثاني أو يبين وجه الحق للناس وبما يقال في حكمه من موافقة للشرع أو مخالفة وبما يقال في شهوده من خير أو شر فيعمل بمقتضى ذلك من إبقاء أو عزل أو أمر أو نهي.

وكذا يندب للقاضي تأديب من أساء الأدب عليه في مجلسه وإن لزم منه الحكم لنفسه خشية إنتهاك مجلس الشرع وحرمة الحاكم إلا في مثل قول الخصم له اتق الله في أمري أو حق الله أو أذكر وقوفك بين يدي الله تعالى فليرفق به ويقول له رزقنا الله وإياك التقوى ونحو ذلك ولا يجوز له تأديبه ومن الإرفاق به أن تقول له أنت قد لزمك الإقرار بقولك كذا أو أنت قدر رضيت بشهادة فلان عليك فكيف تجحد بعد ذلك أو تطلب عدم الحكم عليك ونحو ذلك.

وقوله: (بمجلسه) احترازًا مما إذا أساء عليه بذلك لأنه لا يحكم لنفسه في مثل ذلك بل يرفعه لغيره إن شاء والعفو أولى، بخلاف الإساءة عليه بمجلسه فإن التأديب فيه بما يراه أولى من العفو ويعتمد القاضي في التأديب على ما سمع من الإساءة فلا يحتاج لبينة؛ لأن هذا مما يستند فيه لعلمه.

• ص:

كعلى خصم أو مفت أو شاهد.

• ش:

تشبيه في أدب من أساء فيؤدب من أساء عليهم بحضرته ولا يحتاج لبينة في ذلك بل يستند في ذلك لعلمه والحق في ذلك لله لانتهاك حرمة الشرع فلا يجوز للقاضي تركه وأما بغير حضرته فلابد من الثبوت ببينة أو إقرار والإساءة على الخصم نحو يا فاجر يا ظالم يا فاسق يا كذاب وأولى ما كان أعظم من ذلك كالسب القبيح والإساءة على المفت نحو أنت تفتي بالباطل أو بهواك ونحو ذلك والإساءة على الشهود نحو يا فجار يا مزورون أو أنتم تفترون عليَّ وتشهدون عليَّ لا أدري أكلم من؟ قيود به القاضي لما ذكر؛ لأنه مرصد لخلاص الأعراض كما هو مرصد لخلاص الأموال والدماء.

• ص:

وليس شهد بكذب أو كذب إساءة بل الفجور والزور.

• ش:

يعني: أن قول الخصم: إن هذا الشاهد شهد عليَّ بكذب أو كذب عليَّ في شهادته أو كذب خصمي في دعواه ليس إساءة يندب فيها الأدب بل الإساءة وصفه لهما بالفجور أو الزور لأنهما أخص من الكذب للتعمد فيهما دون الكذب.

والحاصل: أن لفظ كذب بالمصدر أو كذب بالماضي ليس إساءة كلفظ الباطل، بخلاف لفظ الفجور والزور فإنه إساءة كلفظ ظالم، والفرق أن الكذب والباطل أعم من الزور والفجور والظلم فلا يلزم من الكذب والباطل الزور والفجور؛ لأن الكذب والباطل بالنسبة للواقع لا بالنسبة لعلمه فقد يشهد بشيء يعلمه كدين مثلا وهو في

نفس الأمر قضاه ولا مضرة في ذلك، بخلاف الزور ونحوه فهو أن يشهد بما لا يعلم عمدا.

وبعبارة: لا يؤدب الخصم بقوله للشاهد: أنت كذبت أو شهدت بكذب، وكذا إذا قال له: شهدت بباطل، بخلاف قوله له: شهدت بالزور؛ لأنه لا يلزم من الباطل شهادة الزور إذا الباطل أعم من الزور؛ لأن الباطل بالنسبة للواقع ونفس الأمر والزور بالنسبة لعلم الشاهد فقد يشهد بشيء يعلمه ويكون المدعي عليه قد قضاه أو أبرئ منه أو أجبل عليه به أو أعطى عنه ولا مضرة على الشاهد بذلك، بخلاف الزور فإنه تعمد الأخبار بغير ما يعلم.

وكذا لا يؤدب بقوله لخصمه: كذبت عليَّ أو ظلمتني، بخلاف: يا ظالم أو يا كذاب، فيؤدب.

قال «خ»: وفي حفظي عن بعضهم: إن قال لخصمه: ظلمتني أو غصبتني ونحوه بالفعل الماضي أو ظلمني؛ لا شيء عليه، وإن قال: يا ظالم ونحو باسم الفاعل أدب. انتهى ما ذكره «خ» عند قول الأصل: (وضرب خصم له).

• **ص:**

واستخلف عالما بمحل بعد.

• **ش:**

يعني: أن القاضي المولي من الخليفة يجوز له أن يتخلف عالما بمحل بعد عنه بأميال كثيرة يشق إحضار الخصوم منه إلى محله، والمراد بكون الخليفة عالما أن يعلم أحكام ما ولي فيه فقط فلا يشترط علمه بجميع أبواب الفقه فإذا استخلفه على الأنكحة فقط وجب أن يكون عالما بجميع بمسائل النكاح وما يتعلق بها وإن استخلفه في القسمة والمواريث وجب علمه بذلك وهكذا.

ومفهوم (بعد): أنه إذا قرب لمحله لم يجز له الاستخلاف إلا أن يأذن له الخليفة في الاستخلاف أو يكون له عذر من مرض أو سفر فيستخلف لذلك فإن استخلف بغير إذن ولا عذر لم ينفذ حكم من استخلف إلا أن ينفذه هو.

وحاصل ما قاله الأصل وشراحه: أنه إذا نص له الإمام على الاستخلاف فله

الاستخلاف مطلقًا قربت الجهات أو بعدت اتسع عمله أو لا فإن بقي له على عدم الاستخلاف لم يجز له مطلقًا ولو بعدت الجهات واتسع العمل إلا لعذر من مرض أو سفر وقيل ليس له ذلك ولو لعذر وإن لم ينص له على شيء فإن اتسع عمله كالقطر «المص» جاز له الاستخلاف في الجهة البعيدة لا في الجهة القريبة وإن لم يتسع عمله لم يجز له ذلك ولو قربت الجهة إلا أن يأذن له الإمام.

● ص:

ولا ينعزل بموته ولا عزله ولا الأول بموت الخليفة.

● ش:

يعني: أنه لا ينعزل نائب القاضي بموته ولا عزله خلافًا لما في الأصل وشراحه من أن النائب ينعزل بموت القاضي أو عزله.

وأجيب عن الأصل: بأن سياقه في الاستخلاف بغير إذن الإمام والاستخلاف بغير إذن الإمام ينعزل فيه النائب بموت القاضي أو عزله أما بإذن فلا وهو محل كلام «المص».

وبعبارة: ولا ينعزل النائب بموت القاضي ولا بعزله إذا جعل الإمام له الاستخلاف أو جرىٰ بذلك العرف خلافًا لإطلاق الأصل.

وكذا لا ينعزل القاضي الأول بموت الخليفة الذي ولاه وأما لو عزله الخليفة أو الأمير الذي ولاه فإنه ينعزل قطعا ولا ينفذ حكمه بعد بلوغه عزله وأما الخليفة فلا يعزل إن أزيل وصفه إذا ولي مستجمعا للشروط كما سبق ولا ينعزل مقدم القاضي علىٰ يتم بموت القاضي ولا بعزله.

وكذا لا ينعزل العامل بموت من ولاه سواء كان الذي ولاه خليفة أو أميرا.

فرع:

لو انعزل القاضي وحكم بأشياء قبل بلوغ العزل له فظاهر المذهب تنفيذها مراعاة للمصلحة ذكره ابن فرحون في التبصرة، قال: وانظر هل لا يستحق القاضي رزقه إلا بالمباشرة فينفق في سفره إلى البلد المولي عليها من عند نفسه أو يستحقه بمجرد التوجه إليها لم أرَ نصًا. قاله «الش».

فائدة:

ليس للقاضي أن يوصي بالقضاء عند موته؛ لأنه ملك أمرا له عزل نفسه فيه فليس له أن يوصي به وهذا، بخلاف الخليفة فله أن يوصي بها عند موته؛ لأنه ليس له عزل نفسه.

● **ص:**

ولا تقبل شهادته على ما ثبت أو حكم به كالمحكم.

● **ش:**

يعني: أن القاضي لا تقبل شهادته عند قاضي آخر فيما ثبت عنده بين الخصمين بينة أو إقرار ولا فيما حكم به بين الخصمين ولو كانت شهادته فيما ثبت عنده أو فيما حكم به قبل عزله.

فلا مفهوم لقول الأصل: (بعده) أي: بعد عزله وإنما لم تقبل شهادته فيما ذكر؛ لأنها شهادة على فعل النفس وهي باطلة والمحكم مثل الحاكم فلا تجوز شهادته فيما ثبت عنده أو حكم به؛ لأنها شهادة على فعل النفس.

قال «خ»: ولا تجوز شهادة المحكم فيما حكم به؛ لأنه بنفس الفراغ من القضية صار معزولا ويجوز للقاضي أن يولي أو يعزل وهو في غير ولايته، بخلاف حكمه لا يجوز في غير ولايته. اهـ.

وبعبارة: إذا أشهد القاضي قبل عزله أو بعده بأنه ثبت عنده كذا أو أنه حكم بكذا فإن شهادته لا تقبل؛ لأنها شهادة على فعل النفس وهي باطلة ولو شهد معه شخص آخر وعلل ابن الحاجب البطلان بأن القاضي مقر على غيره وإذا قال القاضي: شهد عندي شاهدان بكذا وقبلت شهادتهما فردت شهادته بذلك فللطالب تحليف مطلوب أن هذه الشهادة التي بديوان القاضي ما شهد عليه بها أحد فإن نكل حلف الطالب وثبت الشهادة. أفاده «خ».

ولما أوهم كلامه أن أخبار القاضي بشيء ثبت عنده أو حكم به لا يقبل كشهادته به مع أن أخباره بذلك مقبول إن كان قبل عرضه وهو في ولايته رفع هذا التوهم بنعم المفيدة للاستدراك فقال:

● ص:

نعم إن أخبر غير معزول آخر مشافهة أو بعدلين نفذه.

● ش:

يعني: أن القاضي لا تقبل شهادته عند قاضي آخر في أمر ثبت عنده أو حكم به لكن إن أخبر وهو غير معزول قاضيا آخر بما ثبت عنده أو حكم به أما مشافهة أو بعدلين أرسلهما له بعد أن أشهدهما على ما حصل عنده فإنه يجب على القاضي الثاني تنفيذ ما ثبت عند الأول أو ما حكم به فورا، فإن لم ينفذه فورا كان حكما بما يعلم وهو لا يجوز.

وقوله: (غير معزول) صفة لمحذوف فاعل (أخبر)، و(آخر) صفة لمحذوف مفعول (أخبر) أي: أخبر قاضي غير معزول قاضيا آخر، ويحتمل أن فاعل (أخبر) ضمير يعود على القاضي و(غير) حال منه و(آخر) مفعول (أخبر) أي: أخبر القاضي حال كونه غير معزول قاضيا آخر وغير المعزول قاضي ولكن لا يكون قاضيا إلا وهو في محل ولايته.

فقوله: (إن أخبر غير معزول آخر) أفاد به شرطين:

الأول: أن يكون كل من المخبر والمخبر قاضيا.

والثاني: أن يكون كل منهما في محل ولايته؛ لأنه إذا كان في غير ولايته كان معزولا فعلم من ذلك أنه لابد من أن يكون كل من القاضيين بمحل ولايته ويتصور الأخبار مشافهة بكون كل منهما بطرف ولايته ويخاطب صاحبه.

فقوله: (مشافهة) أي: مخاطبته ومكالمة من فاه إلى فيه والفرق بين الإخبار والشهادة أن الإخبار لا يتوقف على دعوى، بخلاف الشهادة كما أشار لذلك «الش» بقوله: ولا يتوقف الإخبار على دعوى، بخلاف الشهادة.

وقوله: (أو بعدلين) يفيد أن أخبار القاضي للآخر أما بالمخاطبة بأن يخبره بما حصل عنده من حكم أو ثبوت ببينة مع تزكية أو دونها أو سماع دعوى دون بينة وأما بعدلين يشهدهما على ما حصل عنده من ثبوت أو حكم فيبلغان الثاني ما حصل عند الأول ويشهدان عند الثاني بما حصل عند الأول ولابد أن يشهدهما

الأول بمحل ولايته وإن يبلغا المنهي إليه بمحل ولايته كما يشير لذلك قوله السابق: (إن أخبر غير معزول آخر)، وإذا شهدا عند الثاني بما حصل عند الأول نفذه الثاني مطلقًا أي: سواء كان الحق المحكوم به يثبت بشاهدين أو بأربعة أو بشاهد ويمين أو امرأتين أو بامرأة وظاهره أنه يعمل بخبر العدلين ولو شهد بالحق الأول وهو ظاهر أيضًا.

قال «خ»: وظاهر قوله: وبشاهدين؛ ولو كانت هي الشهود الأصل؛ لأن العدول لا تتهم على ترويج شهادتهم الأولى وقيل لا يجوز. اهـ.

وقوله: (بعدلين) أفهم به أن أخبار القاضي للثاني لا يكون بشاهد واحد ولا بشاهد ويمين وأولى مجرد إرسال كتاب كما يأتي.

واعلم أن إخبار القاضي للآخر يسمى إنهاء وهو جائز معمول به شرعا، والإنهاء هو تبليغ القاضي حكمه أو ما حصل عنده مما هو دونه كسماع الدعوى لقاضي آخر لأجل أن يتمه والإنهاء إما بمشافهة أو بعدلين كما مر.

● ص:

والعبرة بهما لا بكتاب ولا يفيد وحده وندب ختمه.

● ش:

يعني: أن العبرة في إخبار القاضي الثاني بالعدلين لا بكتاب أرسله له القاضي الأول إن خالفهما فالقاضي المرسل إليه يعتمد على ما شهد به الشاهدان لا على الكتاب الذي أرسله له القاضي الأول إذا وجد ما فيه مخالفا لهما ولا يفيد الكتاب وحده دون عدلين يشهدان على الحاكم في حكمه فلابد من شاهدين يشهدان على أن هذا كتاب القاضي الفلان وأنه أشهدهما على ما فيه.

ويندب للقاضي المرسل ختم الكتاب الذي أرسله مع الشاهدين؛ لأنه أدعى للقبول وسواء قرأه عليهما أو لا، وندب الختم في الثاني، وظاهر إذ يمكن أن يرق أو يسقط من الشهود فيزاد فيه أو ينقص منه وإنما لم يجيب في هذه الحالة؛ لأن هذا غير محقق، وأما في الأول فقال ابن عبد السلام: لا يظهر له كبير فائدة؛ لأن الاعتماد حينئذ دائر مع شهادة الشاهدين والقبول مستند لهما وجودا وعدما وهذا هو الذي

أشار إليه «المص» بقوله: (والعبرة بهما لا بكتاب).

وبعبارة: قوله: (وندب ختمه) أي: من خارجه وأما من داخله فواجب؛ لأن الحجة التي ليس بها الختم من داخل لا يعول عليها. كذا في «خ».

• ص:

وصح اشهدوا بما في هذا.

• ش:

يعني: أن القاضي إذا كتب ما حصل عنده من ثبوت أو حكم في كتاب ثم دفع الكتاب للشهود ليبلغوه لقاضي آخر وقال لهم: اشهدوا بما في الكتاب بدون إشهاد بأن لم يقل لهم: اشهدوا بما فيه، فقال أشهب: لا تكفي، وقال ابن القاسم وابن الماجشون: تكفي.

وبعبارة: إذا دفع القاضي إلى شهود كتابا مطويا وقال: اشهدوا بأن ما فيه حكمي أو خطي فإن شهادتهم بذلك صحيحة فيعمل القاضي الثاني بمقتضاها وينفذ ما في الكتاب.

وكذا من دفع كتابا مطويا لرجلين وقال لهما: اشهدا على بأن ما فيه خطي فإذا فيه عندي وفي ذمتي لفلان كذا فإنه يعمل به ويعد ذلك إقرار.

وكذا إذا قال لهما: اشهدا على بما فيه فإنه يفيد إذا شهدا عليه بما فيه كما في الأصل وشراحه وكلام «المص» يفيد ذلك؛ لأن قوله: (وصح اشهدوا بما فيه) يشمل ما إذا كان الذي أشهدهما بذلك قاضي أو غيره.

• ص:

وميز فيه الخصم.

• ش:

فاعل (ميز) ضمير القاضي المرسل، و(الخصم) مفعوله، وضمير (فيه) للكتاب الذي يرسله للقاضي الآخر.

يعني: أن القاضي يجب عليه أن يميز الخصم المدعي عليه في كتاب الإنهاء وإلا لم يصح حكم القاضي الثاني بما فيه فيكتب فيه اسمه وحرفته وغير ذلك من

الصفات التي لا يشاركه فيها غيره غالبا، كنسبه، وبلده، وطوله، وقصره، وبياضه، وسواده.

وبعبارة: شرط الحكم بما في كتاب القاضي الأول أن يكون مشتملا على صفة المحكوم عليه الصفة الخاصة المميزة لموصوفها عن غيره من اسم المحكوم عليه واسم أبيه وجده وحليته ومسكنه وصناعته وغير ذلك فإذا وصل الكتاب للقاضي الثاني نفذ حكم الأول إن كان قد حكم فإن كان لم يحكم بنى على الثاني على ما فعل الأول فإن كتب إليه بثبوت شهادتهم فقط لم يأمرهم بإعادتها وينظر في تعديلهم فإن كتب إليه تعديلهم لم ينظر في تعديلهم بل يعذر للمشهود عليه وإن كتب له أنه أعذر إليه فعجز عن مدفع أمضى الحكم عليه ولو كان المنهي به حدا فأولى الحقوق المالية وسيأتي أنه لا ينفذ إلا حكم الأهل كقضاة الأمصار.

تنبيه:

إذا نقل القاضي من مرتبة لأخرى كما إذا نقل من الأنكحة والبيوع إلى ما هو أعم من ذلك فإنه يجوز له أن يتمم ما فعله من قبل انتقاله وأما لو عزل ثم ولي فلا يبني على ما مضى بل يستأنف على المذهب.

• ص:

فإن شاركه غيره فلا حكم.

• ش:

هذا مرتب على قوله: (وميز الخصم) وغيره فاعل و(شارك) والهاء في شاركه وغيره ضمير يعود على الخصم المدعى عليه.

يعني: أن المدعي عليه الذي شهدت عليه البينة عند الأول إذا شاركه غيره في اسمه واسم أبيه وجده وفي نعته فإن المرسل إليه لا ينفذ الحكم على واحد منهما ولو كان المشارك ميتا ما لم يعلم أن الميت ليس هو المراد بوجه من الوجوه.

وبعبارة: إذا جاء كتاب القاضي إلى قاضي آخر فوجد في البلد رجلين كل منهما يشارك للآخر في اسمه واسم أبيه وفي غير لك من الأوصاف فإن المرسل إليه لا ينفذ الحكم على واحد منهما حتى تشهد البينة بالمقصود وموضوع الكلام أن

المدعىٰ عليه ينكر أن يكون هو الذي في الكتاب ويقول للمدعي أنا لم يتقدم لي معك دعوىٰ عند قاض أما لو اعترف بأنه هو الذي في الكتاب لحكم عليه ولا يمكن المدعي من تمييز أحد المشتركين إن طلب ذلك إلا ببينة.

● ص:

وإلا فهل عليه إثبات الشركة أو على الطالب إثبات التفرد خلاف.

● ش:

قوله: (وإلا) مفهوم قوله: (وميز الخصم).

يعني: أن القاضي الأول إذا لم يميز الخصم في كتابه بأوصافه التي تميزه عن غيره علىٰ ما مر فهل علىٰ الخصم إثبات الشركة في الاسم أي: يثبت أن في البلد من يشاركه فيه وحينئذ فلا تقام عليه الدعوىٰ إلا ببينة تشهد علىٰ عينه أو علىٰ الطالب الذي بيده الكتاب إثبات التفرد أي: إنفراد المدعىٰ عليه بهذا الاسم في البلد فإذا ثبت إنفراده به حكم عليه في ذلك خلاف ومحل الخلاف إذا لم يكن في البلد مشارك محقق وإلا فلا تسلط للطالب علىٰ المدعىٰ عليه اتفاقًا إلا ببينة تشهد له علىٰ عينه.

● ص:

ولا ينفذ إلا حكم الأهل كقضاة الأمصار.

● ش:

هذا تقييد لما سبق من أن القاضي الثاني ينفذ حكم الأول.

يعني: أن القاضي الثاني إذا أخبره الأول مشافهة أو بعدلين مع كتاب أو لا فإنه لا ينفذ حكمه إلا إذا كان أهلا للقضاء بأن كان معروفا بالعلم والفضل كقضاة الأمصار وهي البلاد الكبار كالقاهرة ومكة والمدينة والعراق والأندلس؛ لأن قضاة الأمصار مظنة العلم والفضل.

وقوله: (كقضاة الأمصار) يحتمل أنه تشبيه بالأهل أو تمثيل له أما إذا لم يكن القاضي الأول أهلا للقضاء كغالب قضاة الأرياف فلا ينفذ المرسل إليه حكمه ولا يبني علىٰ ما فعل ولا ينظر في كناية لعدم الوثوق به بل يستأنف الحكم.

● **ص:**

فإن هرب الثالث أديا عنده.

● **ش:**

قوله: (أدياء) أي: الرسولان المتقدم ذكرهما في قوله: (نعم إن أخبر غير معزول آخر مشافهة أو بعدلين).

يعني: أن القاضي الأول إذا أرسل العدلين لقاض ثان فهرب الخصم الثالث من القضاة فإن العدلين يؤديان الشهادة عند الثالث ولو كتب لهما اسم الثاني في الكتاب وأولى لو عزل الثاني أو مات فإنهما يؤديان عند الثاني.

● **ص:**

وجاز تعدد خاص أو عام حيث استقل كل.

● **ش:**

يعني: أنه يجوز للإمام نصب قاضي متعدد خاص بمكان كرشيد والمحلة وقلوب والغربية والمنوفية أو بأبواب من أبواب الفقه كالأنكحة والبيوع والفرائض أو عام في جميع الأبواب بحيث لا يتوقف إنفاذ حكمه على غيره؛ لأن الحاكم لا يكون نصف حاكم كما قال ابن شعبان.

قال ابن عرفة: منع ابن شعبان إنما هو في القضاة وأما في نازلة معينة فلا أظنهم يختلفون فيها أي: في جوازها وقد فعله عليّ ومعاوية في تحكيمهما أبو موسى وعمرو بن العاص.

وعلم أن كلام «المص» إن ولاية القضاء تنعقد عامة وخاصة خلافاً [illegible] القائل بأنها لا تنعقد إلا عامة، وإذا قلنا: تنعقد عامة وخاصة فيجوز [illegible] يشترط على القاضي أن لا يحكم في قضية بعينها أو لا يحكم [illegible] وبهذا تعلم أن القضاة في زماننا هذا معزولون عن مسألة [illegible] المشهورة عند المالكية، لمنع السلطان لهم من ذلك، [illegible] شيخنا البولاقي عليه الرحمة والرضوان ويقول بأعلى [illegible] الدرس: إن القضاة لا حكم لهم الآن في هذه المسألة خلافاً [illegible]

يحيطون بأطراف العبارات.

● ص:

والقول للطالب فيمن يرفع له ثم لمن سبق رسوله ثم القرعة.

● ش:

هذا استبيان بباقي واقع في جواب سؤال مقدر نشأ من الكلام السابق وهو قوله: (وجاز تعدد خاص أو عام) تقديره قد ذكرت أنه يجوز تعدد القاضي فإذا تنازع الخصمان فيمن يرفع إليه فهل يكون القول للطالب أو المطلوب فأجاب عن ذلك بقوله: (والقول للطالب... إلخ).

يعني: أنه إذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الرفع للقاضي وأراد الآخر الرفع لقاضي آخر فالقول للطالب فيمن يرفع له دون المطلوب والمراد بالطالب صاحب الحق ثم إن لم يكن أحدهما طالبا بأن كانا معًا طالبين أو ادعى كل أنه الطالب فالقول لمن سبق رسول قاضيه لطلب الإتيان له ثم إن لم يسبق رسول أحدهما بأن استويا في المجيء مع دعوى كل أنه الطالب أقرع للقاضي الذي يذهبان إليه فمن خرج سهمه للذهاب له ذهبا إليه.

● ص:

وعزل وولاية في أعوانه بغير محله لا حكم.

● ش:

عطف على فاعل (جاز) المتقدم؛ يعني: أنه يجوز للقاضي أن يعزل ويولي في أعوانه بغير محل ولايته ولا يجوز له الحكم في غيره أي: غير محل ولايته؛ لأنه معروف في غير عمالته.

● ص:

وجاز تعدد المحكم ولو لم يستقل.

● ش:

يعني: أنه يجوز تعدد المحكم ولو لم يستقل كل منهما أو منهم بالحكم بأن توقف نفوذ حكمه على رضى الباقي، وإذا جاز تعدد المحكم فأولى يجوز انفراده

فللخصمين أن يتفقا على أن يحكما شخصا من غير تولية قاض ليحكم بينهما في الأموال من دين أو بيع وشراء وفي الجرح ولو عظم كجائفة وآمة وموضحة ومنقلة أو قطع لنحو يد، ولا يجوز تحكيمه في حد من الحدود كقصاص وجلد ورجم، ولا في قتل لردة أو حرابة ولا في لعان، ولا في ولاء لشخص على آخر، ولا في نسب كذلك، ولا في طلاق، ولا في فسخ لنكاح ولا عتق، ولا في رشد، ولا في سفه، ولا في أمر الغائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته، ولا في حبس ولا في عقد مما يتعلق بصحته وفساده؛ لأن هذه الأمور إنما يحكم فيها القضاة كما سبق في الحجر فلا يجوز التحكيم فيها؛ لأنه يتعلق بها حق لغير الخصمين؛ لأنه أما لله تعالى كالحدود والقتل والعتق والطلاق؛ لأن الحدود زجر وهو حق لله تعالى، ولأن المطلقة بائنا لا يجوز ابقاؤها في العصمة، ولا يجوز رد العبد للرق وهو حق لله تعالى، وأما للآدمي كاللعان والولاء والنسب ففي اللعان حق الولد لقطع نسبه وفي الولاء والنسب ترتيب أحكامهما من نكاح وعدمه وارث وعدمه وغير ذلك على الذرية التي ستوجد.

فإن حكم في هذه الأمور مضى حكمه إن كان صوابا ولا ينقض؛ لأن حكم المحلم برفع الخلاف كحكم الحاكم ويؤدب المحكم إذا نفذ الحكم في ذلك لافتياته على الحاكم، فإن لم ينفذه لم يؤدب ولو قال: حكمت ونحوه.

ثم ذكر شروط المحكم بنفي أضدادها فقال:

● ص:

لا كونه خصما أو جاهلاً أو كافرا أو غير مميز.

● ش:

عطف على محذوف أي: أنه يشترط في صحة حكم المحكم كونه غير خصم وكونه عالما مسلما مميزا لا كونه خصما أو جاهلًا أو كافرا أو غير مميز لصغر أو جنون فلا يصح تحكيمه ولا ينفذ حكمه أن حكم أما الصبي المميز فسيأتي أن فيه خلافًا، والمراد بالخصم أحد الخصمين المتداعيين بحيث يحكم لنفسه أو عليها فإن حكم لم ينفذ حكمه وقيل يمضي إن كان صوابا وقيل يجوز ابتدأ ابن عرفة

والقول بعدم مضيه مطلقًا لا أعرفه وحكم الجاهل والكافر وغير المميز لا يجوز ابتدأ ولا يمضي بعد الوقوع.

وعبارة «دك»: فإن حكما خصما أو جاهلًا أو كافرا لم ينفذ حكمه فإن حكم ولم يصب فعليه الضمان والمراد بالخصم أحد المتداعيين كما هو صريح النقل فإن سأل الجاهل عالما فأراه وجه الحق فحكم به لم يكن حكم جاهل. اهـ.

• **ص:**

وفي الصبي والفاسق والعبد والمرأة خلاف، وقيل: يجوز في الأخيرين فقط.

• **ش:**

يعني: أن الصبي المميز والفاسق والعبد والمرأة إذا حكموا في المال والجرح ففي تحكيمهم في ذلك أربعة أقوال الصحة مطلقًا وهو لا صبغ وعدم الصحة مطلقًا وهو لمطرف والمثال الصحة إلا في تحكيم الصبي؛ لأنه غير مكلف ولا إثم عليه إن جار وهو لأشهب والرابع الصحة إلا في تحكيم الصبي والفاسق أي: فيصح تحكم العبد والمرأة كما أشار لذلك بقوله: (وقيل يجوز الأخيرين فقط) والأخيران هما العبد والمرأة وهذا القول الرابع لعبد الملك وقولنا في المال والجرح احترازًا من تحكيمهم في الحدود ونحوها مما سبق أنه مختص بالقضاة فإنه لا يجوز كما مر والجار والمجرور خبر مقدم وهو على حذف مضافين أي: وفي صحة تحكيم الصبي... إلخ. أو وفي جواز تحكيم الصبي... إلخ. فالمضاف الأول يحتمل أنه صحة ويحتمل أنه جواز ويدل للثاني قوله: (وقيل: يجوز... إلخ). والأصل في الجواز الصحة وفي عدمه عدمها وخلاف مبتدأ مؤخر.

• **ص:**

ولهما عزل محكم شرع وفي أحدهما خلاف.

• **ش:**

يعني: أن الخصمين إذا اتفقا على عزل المحكم بعد الشروع في الحكم فلهما عزله بعد الشروع وأولى قبله فليس له أن يحكم ولا يمضي حكمه إن حكم وأما إذا عزله أحدهما دون الآخر بعد الشروع ففي ذلك خلاف فقيل ينعزل وليس له أن

يحكم وإن حكم لا ينفذ حكمه؛ لأنه يشترط في نفوذ حكمه دوام رضاها به لنفوذ الحكم فإن رجع أحدهما قبله لم ينفذ حكمه عليه وقيل لا ينعزل وله بت الحكم ويرتفع الخلاف؛ لأنه لا يشترط دوام رضاها به لنفوذ الحكم فمن رجع منهما لا ينفعه الرجوع وهو الراجح وهذا، بخلاف القاضي فلا يشترط فيه دوام رضاها به للحكم بلا نزاع؛ لأن التحكيم دخلا عليه باختيارها، بخلاف القاضي؛ لأنه نصب للإلزام وإن لم يرض أحدهما به وهذه المسألة ذكرها الأصل فيما يأتي وذكرها هنا أنسب كما يفيده «الش».

● ص:

ووجب زجر من لد وإن بضرب.

● ش:

يعني: أنه يجب على الحاكم زجر من لد أي: مطل عن دفع الحق بعد لزومه أو أذى غريمه بعدم دفعه له أو بسبه أو بشتمه فيعاقبه الحاكم ويزجره بالسجن بل ولو بالضرب حتى يدفع ما عليه وستند في ذلك الحاكم لعلمه فلا يحتاج لبينة خلافًا لبعضهم.

● ص:

وإن شكى القاضي فليكشف موليه عنه وإن عزله فليظهر وجهه.

● ش:

يعني: أن القاضي إذا شكى إلى من ولاه من خليفة أو أمير أو قاضي أو أعلى منه فليكشف موليه عن حاله ولا يعزله بمجرد الشكاية وإذا عزل الخليفة القاضي لعذر ككون غيره أقوى منه أو أعلم أو أبصر أو أجلد منه أو لسخط أي: جرح فعليه أن يظهر للناس وجه عزله من عذر فيبرئه من الشيء أو سخط لئلا يولي على الناس بعد.

قال «خ»: وإذا عزل الخليفة القاضي الذي أقامه على مملكته أو على بعضها لمصلحة فإنه يبرئه من ذلك؛ لأن العزل مظنة تتطرق الكلام في المعزول وكونه لمصلحة قد يخفي على الناس وقد عزل عمر رضي الله عنه شرحبيل ابن حسنة

فقال له: يا أمير المؤمنين، أعن سخط عزلتني؟ فقال: لا، ولكني وجد من هو مثلك في الصلاح وأقوى على عملي فلم أر من يجدبي إلا ذلك فقال: يا أمير المؤمنين إن عزلك عيب فأخبر الناس بعذري ففعل عمر، وأما إن عزله لسخط فإنه يظهر عيبه للناس لئلا يتولي عليهم بعد. اهـ المراد منه.

● ص:

وجاز خفيف تعزير بمسجد لا حد والجلوس به من الأمر القديم والأحسن برحابه.

● ش:

يعني: أنه يجوز للقاضي أن يعزر بعض الخصوم في المسجد تعزيرا خفيفا شأنه السلامة من خروج النجاسة في المسجد كعشرة أسواط، بخلاف شديد التعزير فلا يجوز في المسجد خشية خروج نجاسة فيه ولا يجوز للقاضي أن يقيم الحد على أحد في المسجد لئلا يقذره بخروج النجاسة فيه وجلوس القضاة بالمسجد من الأمر القديم فيجوز للقاضي أن يجلس في المسجد للقضاء والأحسن الجلوس برحابه ليصل إليه الحائض والنفساء والذمي.

قال في المدونة: القضاء في المسجد من الحق والأمر القديم، واستحب مالك الجلوس للقضاء في رحاب المسجد ليصل إليه المسلم والكافر والحائض والضعيف ولقوله عليه الصلاة والسلام: «جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم»[1].

ابن شعبان: من العدل كون منزل القاضي في وسط مصر. قاله «خ».

● ص:

وكره جلوسه بعيد ومطر ووحل وخروج حاج قدومه وعقب الصبح.

● ش:

يعني: أنه يكره للقاضي الجلوس للقضاء يوم العيد الأصغر والأكبر في المسجد أو غيره؛ لأنه يشغل الناس في ذلك اليوم، وكذا بقية أيام النحر على ما في «خ».

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٢٠٠٥٥).

وكذا يكره جلوسه للقضاء وقت نزول المطر الكثير والوحل الشديد؛ لأنه يضر بالناس.

وكذا يكره جلوسه يوم خروج الحاج وقدومه إلا لحاجة في الكراء مثلا كما في مصر يوم خروج الحاج وقدومه فإن الجمالين يأخذون أموال الناس وإذا غفل عنهم هربوا وأنكروا فيجلس للفصل بينهم.

قال «خ»: أي: أن جلوسه في العيد وما ذكره معه مكروه سواء كان بالمسجد أو بغيره وهذا في غير الأمصار وأما مصر ونحوها فينبغي الجلوس يوم خروج الحاج وقدومه وسفر القوافل للشام وغيرها لما ذلك من الفصل بين الأكرياء الذين يأخذون الأموال وإذا غفل عنهم في تلك الأيام هربوا. اهـ.

وكذا يكره جلوسه عقب الصبح وبين العشاء وبين الظهر والعصر، وكذا يوم التروية وعرفة والليل ويؤخذ من كراهة جلوس القاضي في هذه الأوقات بطالة العلماء وعدم جلوسهم للتعليم في أوقات المواسم فبطالتهم فيها تؤخذ من هنا.

ولذا قال «الش»: ومن هنا بطالة العلماء في المواسم.

• **ص:**

وجاز اتخاذ بواب وحاجب.

• **ش:**

يعني: أنه يجوز للقاضي اتخاذ بواب لداره وحاجب له عالين لمنع لا حاجة له عنده من الدخول وتأخير من جاء بعد حتى يفرغ السابق من قضيته.

• **ص:**

ومن ولى نظر في المحبوسين.

• **ش:**

قوله: (نظر في المحبوسين) أي: بعد صلاح الشهود بأن يبقي منهم من كان عدلا ويطرد من كان فاسقا والنظر ابتدأ في المحبوسين قيل مستحب وقيل واجب؛ لأن الحبس عذاب.

يعني: أن من ولي القضاء ينظر ابتدأ بعد إصلاح الشهود في أحوال المحبوسين

فمن يستحق الإخراج أفرج عنه ومن لا أبقاه ومن ترتب عليه يمين حلفه.

● ص:

ثم المحجورين ونادى برد معاملتهم ثم اللقطة والضوال ثم تفرغ للخصومات.

● ش:

يعني: أن القاضي بعد أن ينظر في المحبوسين ينظر في أحوال المحجورين المهملين فيقم لهم أولياء على أموالهم، وكذا ينظر في غير المهملين مع أوليائهم كالأوصياء والقيم من قاض قبله هل هم محسنون في تربيتهم وفي التصرف في أموالهم أو لا وإنما نظر في أحوال المحجورين؛ لأن المحجور كاليتيم قاصر عن الرفع للحاكم ولا يعرب عن نفسه فوجب الكشف عن حاله ونادئ القاضي في عمله برد معاملة المحاجير من بيع أو شراء أو مداينة أو نحو ذلك بأن يقول المنادي: من عامل محجورا مهملا لا وصي له ولا مقام فمعاملته مردودة، وكذا ينادي برفعهم له لينظر في شأنهم ويولي عليهم من يصلح لهم بأن يقول المنادي: من علم يتيما أو سفيها لا وصي له ولا مقام فليرفعه إلينا لنولي عليه من يصون ماله ويحفظه.

قال أصبغ: ينبغي للقاضي إذا قعد أن يأمر بالنداء في الناس أن كل يتيم لم يبلغ لا وصي له ولا وكيل فقد حجرت عليه ولك سفيه مستوجب للولاية فقد منعت الناس من مداينته ومتاجرته ومن علم مكان أحد من هؤلاء فليرفعه إلينا لنولي عليه فمن دائنه بعد أو باع منه أو ابتاع منه فهو مردود ثم بعد النظر في لمحاجير ينظر في اللقطة والضوال فيحكم فيهما بما سبق في بابهما ثم بعد ذلك يتفرغ لفصل الخصومات بين الناس من تقديم أو تأخير أو مساواة على ما يأتي في قوله: (وقدم المسافر وما يخشئ فواته... إلخ).

● ص:

ورتب كاتبا عدلا.

● ش:

يعني: أنه يجب على القاضي، وقيل: يندب له أن يرتب له كاتبا عدلا يكتب عنده وقائع الخصوم وحكمه فيها وتقدم أنه يندب له أن يرتب مزكيا في السر يخبره

بما يقال في سيرته وحكمه وبحال الشهود الذين يشهدون على الخصم من عدالة أو ضدها وهذا يكفي فيه الواحد ويندب التعدد وأما مزكي البينة علانية فسيأتي في الشهادات أنه يجب تعدده ولا يكفي فيه الواحد.

وكذا يرتب الشهود الذين يشهدون على إقرار الخصم إذا أقر عنده خشية جحد الإقرار وترتيب من ذكر واجب وقيل مندوب.

• ص:

والمحلف مخبر فيكفي الواحد، بخلاف الترجمان.

• ش:

المراد بالمحلف من بعثه القاضي لتحليف الخصوم والترجمان هو الذي يخبر الحاكم بمعنى لغة الخصم، ويخبر الخصم بمعنى كلام القاضي عند اختلاف اللغات.

والمعنى: أن المحلف مخبر فيكفي فيه الواحد العدل، بخلاف الترجمان فإنه شاهد فلابد من تعدده وما في الأصل من أنه مخبر ضعيف ولا يكون المترجم فاسقا ولا عبدا.

قال «خ»: ولا بأس بترجمة المرأة إن كانت من أهل الصلاح. قاله «الش».

وعبارة «خ»: ولا تقبل ترجمة الكافر أو العبد أو المسخوط ولا بأس بترجمة المرأة إن كانت من أهل العفاف.

• ص:

وأحضر العلماء والشهود.

• ش:

إحضار العلماء مندوب وقيل واجب، وكذا إحضار الشهود فيه الخلاف فقيل إحضارهم واجب وفي «بن» اعتماده وقيل مندوب والمطلوب إحضار مطلق شهود لا خصوص الشهود المقامين عند القاضي وأقل ما يطلب إحضارهم من العلماء أربعة لفعل عثمان رضي الله عنه.

والمعنى: أن القاضي ولو مجتهدا يحضر العلماء عنده ليشاورهم فثمرة الإحضار

المشاورة والأصل قال: (وأحضر العلماء أو شاورهم) فقيل: أو لحكاية الخلاف وقيل للتخيير أو للتنويع ولا شك أن المشاورة مع الحضور أبلغ فكذا اقتصر عليه «المص» فإن ترتب على إحضار العلماء شيء فبحسبه أي: فيكون حكم الإحضار حكم ما ترتب عليه فإن ترتب على حضورهم نزاع يؤدي إلى تعطيل الأحكام كما قد يتفق في هذه الأزمنة حرم ثم إن إحضار العلماء إنما هو في المشكلات والغوامض وأما الواضحات فلا حاجة لإحضارهم فيها وكان عثمان رضي الله عنه إذا جلس أحضر أربعة من الصحابة ثم استشارهم فإذا رأوا ما رآه أمضاه، وبهذا أخذ أشهب، وقال مطرف وابن الماجشون: يشاورهم بعد القيام من مجلس الحكم كفعل عمر رضي الله عنه ولا يحضرهم مجلس الحكم.

وقوله: (والشهود) عطف على العلماء أي: وكذا يجب على القاضي إحضار الشهود ليحفظوا الإقرارات التي تقع من الخصوم خشية جحد الإقرار وأيضا الحكم إنما يتم بالشهود.

قال ابن المواز: ولا يجلس للقضاء إلا بحضرة شهود عدول يحفظون أقوال الخصم خوف رجوع بعضهم عما أقربه.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

● ص:

ولا يفتي في المعاملة ولا يشتري ولا يتسلف ولا يقارض.

● ش:

يعني: أنه يكره للقاضي أن يفتي السائل في المعاملات كالبيع والشراء أو الشفعة والجنايات وإن لم تقع بالفعل لئلا يتخيل على مذهبه؛ لأن الخصم إذا عرف مذهب القاضي تخيل إلى الوصول إليه أو إلى الانتقال عنه وهذا ما لم يكن مذهبه معلوما كما في زماننا هذا فقد كانوا قبل ذل مجتهدين فمجل النهي حيث كان لا يمكن الإطلاع على مذهبه إلا من إفتائه ومحل ذلك أيضًا ما لم يكن السائل متفهما وإلا إجابة ولهذا جاز للقاضي أن يحضر مجالس العلم للتعليم والتعلم.

وبعبارة: يكره للقاضي أن يفتي في المعاملات؛ لأن الإفتاء فيها يؤدي إلى تطرق الكلام فيه؛ لأنه إن حكم بما أفتى ربما، قيل: إنه حكم بذلك لتأييد فتواه وإن حكم

بخلافه لتجديد نظر أو ترجيح حكم، قيل: إنه حكم بما لم يفت به وقد يكون السؤال مزورا. اهـ.

وكذا لا يشتري القاضي ولا يبيع شيئا، والنهي للكراهة كما في «الش».

وظاهر «المص» أنه يكره ولو بغير مجلس القضاء بناء على أن العلة في النهي خشية المحاباة لا الشغل، وهو ما لابن شاس، فيوكل سرا من يشتري له، وأما على أن العلة شغل البال فلا يكره في غير مجلس القضاء، واستثنى بعضهم من النهي ما حق وعلم ثمنه فيجوز ولو بمجلس القضاء.

وكذا يكره للقاضي أن يتسلف شيئا من غيره ويجوز له أن يسلف غيره خلافًا لما في الخَرَشي.

وكذا لا يدفع مالا قراضا لمن يعمل فيه ولا يبضع أي: يعطي مالا لمسافر يجلب له به سلعا؛ لأنه كالشراء أو كالقراض إن كان إبضاعا بأجرة فيكره جميع ذلك للقاضي سواء فعله بنفسه أو بوكيله إلا يوكله على ذلك سرا كما مر.

قال عمر بن عبد العزيز: تجارة الولاة لهم مفسده وللرعية مهلكة. قاله «خ».

وقال أيضًا: ولا يستعير؛ لأنه انتفاع بأموال الناس من غير عوض.

قال الأخوان ـ مطرف وابن الماجشون ـ: ينبغي للقاضي أن يتورع عن طلب الحوائج والعواري من الماعون والدواب لركوبها وما أشبه ذلك، أو السلف أو أن يقارض أحد، أو يبضع مع أحد. اهـ.

• ص:

وكره له حضور الولائم إلا النكاح.

• ش:

يعني: أنه يكره للقاضي حضور الولائم أي: الأطعمة التي يجتمع لها الناس إلا وليمة النكاح فيجب عليه حضورها بالشروط المذكورة في باب الوليمة كما في الخَرَشي، وفي «عج»: لا يجب عليه ذلك ورجحه مُحَشِّي الخَرَشي وفي الحطاب لا ينبغي لأهل الفضل الآن أن يجيبوا كل ما دعاهم.

قال «خ»: ومراد المؤلف بالوليمة اللغوية من الولم وهو الاجتماع والمراد والطعام

الذي يجتمع له وإلا كان الاستثناء ضائعا؛ لأن الوليمة لا تكون إلا في النكاح. اهـ.

● ص:

ولا يقبل هدية كالشهود ما دام الخصام ولو بمكافأة إلا من قريب.

● ش:

قوله: (كالشهود) تشبيه في عدم قبول الهدية.

وقوله: (ما دام الخصام) قيد في الشهود فقط وأما القاضي فلا يجوز له قبولها مطلقًا.

وقوله: (ولو بمكافأة) مبالغة في القاضي والشهود جميعا.

يعني: أن القاضي لا يجوز له قبول الهدية من الناس لما يأتي.

وكذا الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من الخصمين مادام زمن الخصام باقيا ويحرم عليهما قبول الهدية ولو بمكافئة عليها بأكثر منها لميل النفوس للمهدي ولأنها تطغي نور الحكمة.

ويستثنى من حرمة الهدية على القاضي هدية قريبه الذي لا يحكم له كأبيه وعمه وأمه وخاله وخالته وبنت أخيه فلا يحرم عليه قبول الهدية ممن ذكر لعدم التهمة في ذلك ولشدة المداخلة بين الأقارب ويجوز للفقيه والمفتي قبول الهدية ممن لا يرجوا منه جاها ولا عونا ولا تقوية حجة على خصم.

● ص:

وفي هدية اعتادها قبل الولاية وكراهة الحكم ماشيا أو متكأ وتحديثه بمجلسه لضجر واحضار يهودي بسبته قولان.

● ش:

الجار والمجرور خبر مقدم وقولان مبتدأ مؤخر أي: وفي حرمة قبول هدية اعتدها القاضي قبل الولاية وكراهته قولان، وقيل: إن القولين بالجواز والكراهة.

وهل يكره لقاضي أن يحكم ماشيا أو متكئا لمنافاة ذلك للوقار في حق العلم والحاضرين أو يجوز؟ قولان، والمراد بالمشي السير في الطريق وإن لم يكن ماشيا.

وهل يكره للقاضي أن يحدث الجالسين بمجلسه بحديث مباح لأجل ضجر نزل

به؛ لأن مجلس الحكم يصان عن الحديث فيما لا يعني، أو يجوز ليروح قلبه ويرجع إليه فهمه؟ في ذلك قولان.

وهل يكره للقاضي إحضار اليهودي يوم سبته في خصومه بينه وبين مسلم؛ لأنه يعتقد حرمة العمل وغيره يوم السبت وفي إحضاره للحكم عليه في هذا اليوم خرق لما يزعم تحريمه أو يجوز ولا عبرة بزعمه؟ في ذلك قولان.

والنصراني بأحده مثل اليهودي في سبته؛ لأن نقرهم على شعائر دينهم، وقيل: يجوز إحضار النصراني في يوم الأحد اتفاقا؛ لأنه لا يبلغ في تعظيمه للأحد تعظيم اليهودي للسبت.

• ص:

ولا يحكم مع ما يدهش الفكر ومضى.

• ش:

يعني: أنه يكره للقاضي أن يحكم مع ما يدهش الفكر كالهم والحزن والخوف والغضب والحصر وضيق النفس والضجر ومثله في ذلك المدرس والمغني ومضى حكمه مع المدهش إن حكم صوابا ولا ينقضي فإن عظم المدهش حتى أذهب فكره بالكلية حرم عليه الحكم ولا يمضي قطعا بل يتعقب.

• ص:

وعزر شاهد الزور وأوجعه وأشهره وكتبه ولا يسخمه ولا يحلق رأسه وحرم حلق لحيته.

• ش:

شاهد الزور وهو من يشهد بما لم يعلم عمدا ولو طابق الواقع.

يعني: أن القاضي يجب عليه أن يعذر شاهد الزور بالاجتهاد وأوجعه ضرها وأشهر أمره بين الناس بالنداء عليه والطواف به في الأسواق والأزقة والجماعات ليرتدع هو وغيره ويكتب اسمه عنده ليرد شهادته إذا شهد ولا يسخم وجهه بالسواد والطين ونحو ذلك ولا يحلق رأسه تمثيلا به وحرم عليه حلق لحيته وقيل فيما قبله بالكراهة وقيل له حلق لحيته وتسخيم وجهه بالسخام. قال ابن مرزوق: وهو ظاهر

المدونة، والسخام بضم السين المهملة: هو الدخان الملاصق بأواني الطبخ.

قال ابن عبد الحكم: أرى أن يطاف به ويشهر في المسجد في الحلق وحيث ما يعرف به جماعة الناس ويضربه ضربا موجعا ولا يحلق رأسه ولا لحيته ويكتب شأنه وما يثبت عنده كتابا وبنسخه نسخا يرفعه عن الثقات. قاله «خ».

• ص:

وإن أدب من جاء تائبا أصاب.

• ش:

يعني: أن القاضي إذا أدب من جاء تائبا من شهادة الزور قبل الثبوت عليه فقد أصاب في تأديبه ووضع الشي في محله ويزجر على ذلك وقيل لا يؤدب شاهد الزور إذا جاء تائبا لئلا يسد باب التوبة، واعترض هذا بأنه لا يلزم على أدبه سد باب التوبة؛ لأنه يتوب سرا.

وأجيب: بأن الكلام في توبة تظهر كذبه فيما شهد به، نعم يقال: يمكنه التستر عن دعوى الزور بدعوى الغلط مثلا أفاده «حش».

• ص:

والظاهر قبول من تاب ولم يكن ظاهر الصلاح.

• ش:

يعني: أن شاهد الزور إذا تاب وحسنت توبته ولم يكن ظاهر الصلاح قبل شهادة الزور فالظاهر من التردد في الأصل قبول شهادته بعد ذلك أما إن كان ظاهر الصلاح من قبل شهادة الزور فكالمنافق لا تفيد توبته وقيل بالعكس وهو أنه إذا كان ظاهر الصلاح قبل الشهادة تقبل توبته شهادته إذا تاب لاحتمال أن هذه الشهادة وقفت منه فلته وإن لم يكن ظاهر الصلاح قبل الشهادة لم تقبل؛ لأنه لا يأمن من العود لمثلها.

• ص:

بخلاف القاضي.

• ش:

تقدم أن شاهد الزور إذا تاب تقبل شهادته على ما سبق وهذا، بخلاف القاضي

إذا عزل لحجة تثبت عليه فلا تجوز توليته بعد ذلك ولو صار أعدل أهل زمانه كما في الخَرَشي و«دك» و«دص».

● ص:

وسوى بين الخصمين وإن مسلما وكافرا.

● ش:

يعني: أنه يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في القيام والجلوس والكلام ورفع الصوت عليما والاستماع والنظر لهما وغير ذلك ولو كان أحدهما مسلما شريفا والآخر كافرا كسيفا.

قال «خ»: ويجعل نظره وفكره لهما على حد سواء.

● ص:

وقدم المسافر وما يخشى فواته ثم السابق، المازري، وإن بحقين بلا طول ثم أقرع.

● ش:

يعني: أنه إذا تداعى عند القاضي المسافرون وغيرهم وتزاحموا على التقدم فإن المسافر يقدم على الحاضر وجوبا ولو سبقه الحاضر إلا لضرورة للحاضر بتقديم المسافر عليه فيصار للقرعة وإن تعدد المسافر قدم الأسبق إلا لضرروة، وكذا يقدم ما يخشى فواته لو قدم غيره عليه ولو سافر الضرورة الغوات.

قال «دص»: فإذا اجتمع مسافر وما يخشى فواته قدم الأهم منهما ومثال ما يخشى فواته الطعام الذي يتغير بالتأخير والنكاح الفاسد الذي يفسخ قبل الدخول.

وقال «خ»: المسافر وما يخشى فواته مرتبة واحدة فيقدم ما هو أشد ضررا فإن استويا أقرع ثم إذا فرغ من أمر المسافر وما يخشى فواته أو لم يوجد أقدم السابق إلى مجلس القضاء على المتأخر عنه.

قال المازري: من عند نفسه يقدم السابق ولو كان بحقين إذا كان لا يطول فيهما فإن كان يطول فيهما طولا يضر بالمتأخر قدم بأحدهما وأخر الثاني عمن يليه فإن كان للسابق أكثر من حقين قدم على المتأخر بجميع حقوقه إلا لطول يضر بالمتأخر بأحدها ويؤخر الباقي عمن يليه.

قال «خ»: ولا مفهوم لحقين بل المدار على عدم الطول فإن حصل طول فينبغي تقدم السابق بأحد الحقين وتأخير حقه الآخر عمن يليه كما أشار إليه بعض. اهـ.

ثم إذا لم يكن مسافرا ولا يخشى فواته ولا سابق بأن جاءوا معًا أو سبق أحدهم وجهل وادعى كل السبق فإنه يقرع بينهم فمن خرج سهمه بالتقديم قدم وصفه القرعة أن تكتب أسماهم في رقاع وتخلط فمن خرج أسمه قدم على غيره هذا حكم القاضي وأما الصانع ومعلم العلم أو القرآن فيقدم الأهم فالأهم وهذا معنى قول «الش» وأما الصانع والتعليم فيقدم الأهم.

● ص:

وينبغي أن يفرد وقتا للنساء كالمفتي والمدرس.

● ش:

يعني: أنه ينبغي للقاضي أن يفرد وقتا للنساء ولو كانت خصومتهن يوما أو غيره صح مع رجال؛ لأنه استرتهن.

وقوله: (كالمفتي والمدرس) تشبيه في جميع ما تقدم فيقدم كل منهما المسافر وما يخشى فواته ثم السابق ثم أقرع.

وينبغي أن يفرد الناس بوقت للإفتاء والتدريس وكذلك المقرئ يقدم المسافر ثم السابق ثم يقرع إلا لمهم، وكذا أرباب الحرف كالخباز.

وبعبارة: المفتي وسائر أهل الصنائع إن كان لهم عرف عمل عليه وإلا قدم الآكد فالآكد. قال بعضهم: ومعلم القرآن والمدرس يقدم الأنجب فالأنجب فإن تساووا فالسابق وإلا أقرع.

ثم شرع في بيان المدعي عليه والمدعي ليرتب عليه ما يأتي فقال:

● ص:

والمدعي عليه من ترجح بمعهود أو أصل.

● ش:

يعني: أن المدعي عليه هو من ترجح قوله بمفهوم شرعي كالأمانة فإنه عهد في الشرع أن الأمين مصدق في قوله كالمودَع بالفتح وعامل القراض والمساقاة أو ترجح

بأصل كعدم الدين وكالحرية فإن الأصل عدم الدين والأصل في الناس الحرية فمن ادعى على شخص أنه مدين أو أنه رقيق فعليه البين، بخلاف مدعي العتق فليس متمسكا بأصل إذ الأصل عدم العتق؛ لأن دعواه استلزمت الإقرار بأنه جرى عليه الرق فيكون مدعيا فعليه البيان كرب الدين وسيده مدعي عليه كالمدين.

والحاصل: أن من ترجح قوله: (بمعهود أو أصل) فإنه يسمى مدعي عليه وقد عرفت معنى المعهود والأصل وقد يدعي أن الأصل معهود وبالعكس لتقارب المعنى أو اتحاده.

● **ص:**

ومقابله مدع.

● **ش:**

يعني: أن مقابل المدعي عليه هو المدعي (ومقابله) هو من تجرد قوله عن مفهوما وأصل يصدقه حين دعواه فلذا طلبت منه البينة لتصديقه كطالب دين على آخر أو جناية أو ادعى على غيره بفعل من الأفعال كطلاق أو عتق أو قذف فإن الأصل والمعهود عدم ما ذكر.

ثم فرع على تعريف المدعي عليه والمدعي قوله:

● **ص:**

فمن قال: هو عبدي مدع إلا أن يشاهد معه كالعبد.

● **ش:**

يعني: أن من قال: هذا عبدي أو ثوبي أو داري مدع؛ لأن الأصل في الناس الحرية والأصل في نحو الثوب والدار عدم نقل الملك، وكذا من قال: لم يرد لي الوديعة مدع؛ لأن المعهود تصديق الأمين ومحل كون القائل هذا عبدي أو ثوبي مدعيا ما لم يشاهد معه كالعبد والثوب وإلا فليس بمدع بل مدعي عليه؛ لأن مشاهدة ذلك معه تقتضي معهودية الرق أي: تعلم منه عادة.

قال «خ»: وعرف المؤلف المدعي عليه بأنه الذي ترجح قوله بمعهود شرعي أو أصل ولهذا كان قول مدعي رد الوديعة مقبولا؛ لأنه ترجح بمعهود شرعي.

يعني: أن الشرع يقضي بتصديقه؛ لأنه أمين حيث أخذها بغير إشهاد وكذلك من ادعى الحرية القول قوله إذ الأصل في الناس الحرية وإنما طرأ لهم الرق من جهة السبي بشرط الكفر والأصل عدم السبي اللهم إلا أن يثبت عليه الحرز فيستصحب وكان مدعي عدم رد الوديعة وعدم الحرية غير مقبول؛ لأنه يريد النقل عن الأصل من غير دليل يصدقه فكان هو المدعي والأول هو المدعى عليه. اهـ.

● ص:

وبُدِأ المدعي بالكلام فإن جهل فالجالب فإن جهل أقرع.

● ش:

قوله: (بُدِأ) بضم الباء وتشديد الدال المكسورة مبنيا للمجهول أي: بدأه القاضي وجوبا بالكلام أي: بالدعوى أي: جعله مبدأ ومقدما على المدعى عليه بالكلام أن علم قبل الكلام بأخبار مثلا أنه هو المدعي عليه فلا يقال: إن فيه دورا؛ لأنه لا يعلم كونه مدعيا إلا بالكلام ولا يتكلم إلا إذا علم كونه مدعيا؟

وحاصل الجواب: أن القاضي يعمل كونه مدعيا بغير الكلام كأخبار من غيرها أو سماع نزاعهما في حال سعيها له فيعرف المدعي من المدعى عليه ويصح أن يقول لهما من كان مدعيا منكما فليتكلم وبالجملة المدعى عليه من إذا ترك ترك والمدعي من لا يترك لو ترك. أفاده «حش».

وحاصل المعنى: أن المدعي يأمره القاضي بالكلام قبل المدعى عليه فإذا جهل المدعي بأن قال كل: أنا المدعي، فالجالب لصاحبه بنفسه أو برسول القاضي هو الذي يؤمر بالكلام ابتدأ؛ لأن الشأن أن الجالب هو الطالب فإن جهل الجالب أو جامعا أقرع بينهما فمن خرج سهمه بالتقديم قدم.

● ص:

وقبل لي عليه شيء على المختار.

● ش:

يعني: أن المدعي إذا أمر بالكلام أي: بالدعوى فقال: لي عليه شيء فإنه يقبل قوله: (لي عليه شيء على المختار) كما قال المازري لصحة الإقرار بالشيء إذا قال:

له عندي شـيء ويستفسر أي: يطلب منه تفسير الشيء فمحصل ذلك قياس الدعوىٰ علىٰ صحة الإقرار فكما يصح الإقرار بالشيء تصح الدعوىٰ بـه إذ لا فرق بينهما، والفـرق بأن المقر أوجب علىٰ نفسه والمدعي أوجب علىٰ غيره ممنوع إذ لا نسلم أن المدعي أوجب علىٰ غيره؛ لأنه لا يعطي بدعواه وإنما المدعي عليه هو الذي يوجب علىٰ نفسه إذا أجاب بـالإقرار فمحصل التمسك بصحة الإقـرار أن دعوىٰ المدعي يـترتب عليهـا أما إقـرارا أو إنكـارا فإذا صح الإقـرار فلا وجه لمـنع الدعـوىٰ أفاده «حش».

ثم إن معنىٰ قبول قوله: (لي علـيه شيء) أنها تسمع دعواه ويلزم المدعي عليه أن يجيب بإقراره وإنكار وليس معنىٰ قبـوله أنه يعطي ما يدعيه بدون إقرار ولا بينة كما قد يتوهم من تعبيره بلفظ قبل وأما علىٰ القول بأنه لا يقبل قوله: (لي عليه شيء) فلا يلزم المدعي عليه جواب؛ لأنها دعوىٰ غير مسموعة وإذا قبل قوله: (لي عليه شيء) علىٰ مـا قال المازري فأولـىٰ يقبل قوله إذا ادعىٰ بمحقق معلـوم نحو: لي عليه دينار من قرض أو بيع ونحو ذلك.

والحـاصل: أنه إذا ادعىٰ بمـحقق معلوم تحـولي عليه دينـار من بيع فـإنها تقبل دعواه اتفـاقًا وإذا ادعىٰ بمعلوم غير محقق تحـولي عليه دينار في ظني أو وهمي فلا تـسمع دعواه علىٰ المشهور لكـن هذا في غير دعوىٰ الإتهام كان يتهـم إنسانا بسرقة شيء أو بإنه فرط فيه وإلا فتسمع دعـواه وتتوجه اليمين علىٰ المدعي عليه كما يأتي قـريبا لـ«الش» وإذا ادعىٰ بمجهـول وبين السبب تحـولي عليه شـيء من بقية معاملة ولكن لا أعلم قـدره ففيه خلاف والمذهب أنهـا تسمع دعواه فـيلزم المدعي عليه أن يجـيب بشيء مخقق أو بـإنكار ويحلف ولـو في دعوىٰ الإتهـام وهو ما مـشىٰ عليه «المص» تبعا للمازري؛ ولذا أشار بشرطه وهو بيان السبب فقال:

● **ص:**

وبين السبب وإلا سأله.

● **ش:**

يعني: أن الـمدعي إذا ادعـىٰ بمعلـوم أو مجهول علـىٰ ما سـبق فلابد فـي سماع

دعواه من بيان السبب وكفاه في بيان السبب أن يقول لي عليه مائة من قرض أو بيع أو نكاح أو نفقة أو نحو ذلك ولا يلزمه أن يقول بيعا صحيحا أو نكاحا صحيحا بل هو محمول على الصحيح حتى يتبين خلافه، فإن لم يبين المدعي السبب سأله الحاكم أو الخصم عن بيان السبب إذ لعله في الأصل باطل لا يلزمه به حق فإن قال المدعي: لا أعلم السبب أو لا أبينه لم تسمع دعواه فلا يطالب المدعي عليه بجواب فإن قال: نسيت السبب قبل منه. كما في «خ». ولا مفهوم للسبب بل يسأله عن الحلول والتأجيل والقبض وعدمه. كما في «خ» أيضًا.

● ص:

فإن أنكر قيل: ألك بينة؟ فإن نفاها حلفه ولو لم يثبت خلطة.

● ش:

يعني: أن المدعي إذا ادعى بمعلوم أو مجهول وبين سببه طلب من المدعي عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار فإن أقر بما ادعاه المدعي فللمدعي الإشهاد عليه خوف جحوده بعد فإن عقل المدعي عن الإشهاد نبهه الحاكم على الإشهاد لأن ذلك من شأن الحكام لما فيه من تقليل الخصام وقطع النزاع بل يطلب من الحاكم الإشهاد على المقر ليأخذه بإقراره.

وإن أنكر المدعي عليه أي: أجاب بالإنكار قال القاضي للمدعي: ألك بينة بما تدعيه؟ فإن قال: نعم، أمره بإحضارها وأعذر للمدعي عليه فيها كما يأتي وإن نفاه بأن قال: لا بينة لي حلف المدعي المدعي عليه المنكر إن أثبت المدعي أن بينهما خلطة بمعاملة أو غيرها بل ولو لم يثبت أن بينهما خلطة بدين أو تكرر بيع ونحو ذلك وما في الأصل من أنه ليس له تحليفه إلا إذا ثبت أن بينهما خلطة خلاف ما به العمل ولم يشترط «المص» في تحليف المدعي عليه تخفيف الدعوى كما قال الأصل فيدعي بمعلوم محقق لقول مُحَشِّي الخَرَشي وغيره الراجح توجه دعوى الإتهام هذه نكتة عدول «المص» عن عبارة الأصل على أن ما ذكره الأصل يفهم من عبارة مصنفنا بالأولى كما نبهنا عليه فيما سبق؛ لأنها إذا قبلت الدعوى بالمجهول نحو: لي عليه شيء وتوجهت فيها اليمين ولو اتهاما فأولى تقبل الدعوى بالمحقق

وتتوجه فيها اليمين وهذا الذي ذكرته يوضح قول «الش» ولم أشترط تحقيق الدعوىٰ لقول «حش» وغيره الراجح توجه دعوى الاتهام.

تنبيهات:

الأول: قد علمت أن الراجح توجه اليمين على المنكر ولو لم تثبت خلطة بينهما والأصل مشي على أنها لا تتوجه اليمين على المنكر إلا إذا أثبتت الخلطة بينه وبين المدعي بدين ولو مرة أو تكرر بيع وتثبت الخلطة ولو بشهادة امرأة واحدة؛ لأن القصد من الخلطة اللطخ وهو يثبت بشهادة الواحد ولو أنثىٰ أما بينة جرحها المدعي عليه بعداوة ونحوها حين شهدت عليه بأصل الدين فلا تثبت بها الخلطة ولما ذكر الأصل أنها لا تتوجه اليمين على المنكر إلا إذا أثبت الخلطة بينهما استثنىٰ من ذلك ثمان مسائل تتوجه فيها اليمين على المنكر ولو لم تثبت خلطة:

الأولى: في الصانع يدعي عليه بماله فيه صنعه فيحلف ولو لم تثبت فيه خلطة؛ لأن نصب نفسه للناس في معنى الخلطة مثله التاجر نصب نفسه للبيع والشراء.

الثانية: في المتهم بين الناس إذا ادعى عليه بسرقة أو غصب فيحلف ولو لم تثبت خلطة وفي مجهول الحال قولان.

الثالثة: في الضيف يدعي أو يدعي عليه.

الرابعة: الدعوى في شيء معين كثوب بعينه فيحلف المدعي عليه ولو لم تثبت خلطة بينه وبين المدعي.

الخامسة: دعوى الوديعة بشرط أن يكون المدعي ممن يملك تلك الوديعة والمدعي عليه ممن يودع عنده مثلها وإن يكون الحال يقتضي الإيداع كالسفر والغربة فتوجه اليمين على المدعي عليه ولو لم تثبت خلطة.

السادسة: دعوى المسافر على بعض رفقته بشيء من وديعة أو غيرها.

السابعة: دعوى المريض في مرض موته على غيره بدين.

الثامنة: دعوى البائع على شخص حاضر المزايدة أنه اشترى سلعته بكذا والحاضر ينكر الشراء فتوجه اليمين في ذلك كله ولو لم تثبت خلطة.

الثاني من التنبيهات: قول «المص» حلفه أي: إن شاء تحليفه؛ لأن حق له فله

إسقاطه وللمدعي عليه طلبه بجميع دعاؤه ليحلف عليها يمينا واحدة لكن لا يجبر المدعي على الدعوى وإنما هو إذا ادعى دعاوي متعددة كان للمدعي عليه جمعها في يمين واحدة، كما في «حش».

الثالث: لو حلف القاضي من توجهت عليه اليمين بغير إذن خصمه فإن هذه اليمين لا فائدة فيها وللخصم أن يعيدها ثانية. كما في «خ».

● **ص:**

ثم لا تقبل بينة إلا لعذر كنسيان.

● **ش:**

يعني: أن المدعي إذا طلبت منه البينة فنفاها وحلف المدعي عليه ثم بعد ذلك أراد أن يقيم بينة تشهد له على المدعي عليه بما ادعاه فإنها لا تقبل بينة من المدعي بعد تحليفه المدعي عليه إلا لعذر كنسيانها حين تحليف خصمه فله إقامتها عليه إذا تذكرها ويحلف أنه نسيها وأولى من النسيان عدم علمه بها ابتدأ فله إقامتها إذا علمها ويحلف أنه لم يعلمها حين تحليف خصمه وأولى أيضًا عدم علمه بالثاني فله أن يقيمه بعد حلف خصمه لرد شهادة الأول أما لكون الحاكم لا يرى الشاهد واليمين مطلقًا في الأموال وغيرها أو كانت الدعوى لا تثبت إلا بشاهدين، وقال المدعي: ليس لي غير هذا فحلف المدعي عليه لرد شهادة الشاهد ثم علم بهذا الثاني فله أن يقيمه ويضمه للأول فصورة المسألة أنه أقام شاهدا عند من لا يرى الشاهد واليمين مطلقًا أو في دعوى لا تثبت إلا بعدلين وحلف المدعي عليه لرد شهادة الشاهد ثم وجد شاهدا آخر فله أن يقيمه ويضمه للأول ويعمل بشهادتهما.

وظاهر الأصل أنه يعمل بها ولو حكم الحاكم برد شهادة الأول لانفراده هذا توضيح قول «الش»: وأولى علمه بها ابتدأ أو بالثاني؛ أي: وأولى من النسيان في القبول عدم علم المدعي بالبينة ابتدأ وعدم علمه بالشاهد الثاني. فقوله: أو بالثاني؛ عطف على الجار والمجرور قبله وهو قوله: بها؛ أي: عدم علمه بها أو بالثاني فالضمير في بها للبينة، وقول «المص»: إلا لعذر؛ استثناء مما قبله أي: ثم بعد تحليف المدعي عليه لا تقبل بينة من المدعي إلا لعذر.

قال «حش»: في الحطاب إن اشترط المدعي عليه عند حلفه إسقاط القيام بالإعذار وفي له بشرطه، فإذا قال المدعي: أنا كنت ناسيا أو غير عالم بالبينة ونحو ذلك من الإعذار فلا يقبل منه.

تنبيه:

للقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم خلافًا لعبد لملك فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومسكنهم فإن كان عنده في شهادتهم مدفع أو في عدالتهم مجرح كلفه إثباته وإلا لزمه القضاء وإن سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك. قاله «خ».

● **ص:**

أو ظن أنها لا تشهد.

● **ش:**

ظن مصدر معطوف على نسيان فهو من أمثلة العذر أي: إلا لعذر كنسيان وكظن عدم شهادة البينة له ويحتمل أنه عطف على العذر فهو في حيز الاستثناء أي: إلا لعذر وإلا لظن... إلخ. والأول أولى.

والمعنى: أن المدعي إذا ظن أن البينة لا تشهد له أو أنها ماتت وحلف خصمه المنكر فإن له أن يقيم بينته إن حلف على ذلك.

● **ص:**

أو عدم قبول الأول الشاهد واليمين فيرفع لمن يقبل.

● **ش:**

عطف على ما سبق على الاحتمالين السابقين والأول صفة لموصوف محذوف أي: عدم قبول القاضي الأول الشاهد فقبول مصدر مضاف لفاعله والشاهد مفعوله واليمين عطف على الشاهد أي: ثم بعد حلف الخصم لا تقبل بينة إلا لعذر كنسيان وكعدم قبول القاضي الأول الشاهد واليمين فيرفع لمن يقبل الشاهد واليمين ويقيم شاهده عنده ويحلف معه ويستحق.

يعني: أن المدعي إذا قام شاهدا واحدا فيما يقضي فيه عندنا بشاهد ويمين وهو

الأموال وما يئول إليها عند حاكم لا يرى القضاء بالشاهد واليمين مطلقًا فلم يقبل منه الشاهد واليمين واستحلف المطلوب أي: طلب المقيم يمينه وحلف ثم أراد المدعي أن يقيم ذلك الشاهد عند حاكم آخر يرى الشاهد واليمين لعزل الأول أو موته أو عند الأول حيث تغير اجتهاده أو كان بقر آخر ويحلف معه فله ذلك ويأخذ بذلك حقه من المدعي عليه بعد حفه عند الأول والحاكم له بعدم دفعه للمدعي وهذا كالمستثني من قولهم ورفع الخلاف.

وبعبارة: إذا أقام شاهدا واحدا عند من لا يري الشاهد واليمين فلم يقبله منه وحلف المطلوب فله أن يقيم شاهده بعد عزل الأول أو موته عند من يري ذلك ويحلف معه ويأخذ حقه، قالوا: ولو حكم القاضي الأول بعدم دفع الحق له فلم يجعلوا حكمه رافعا للخلاف فكأنه مستثنى من قولهم: ورفع الخلاف.

• ص:

وله يمينه ما حلفه.

• ش:

يعني: أنه إذا ادعى على شخص بحق فقال المدعى عليه للمدعي: أنت حلفتني عليه سابقا وكذبه المدعي فللمدعي عليه تحليف المدعي أنه ما حلفه قبل تاريخه فيكون القول للمدعي بيمينه فإن حلف أنه ما حلف قبل ذلك فله تحليفه فإن حلف والا عزم وإن نكل فللمدعي عليه أن يحلف أنه لقد حلفه سابقا ويسقط الحق فإن نكل لزمته اليمين المتوجهة عليه ابتدأ وله ردها على المدعي.

وبعبارة: قوله: (وله) أي: للمدعي عليه يمينه أي: يمين المدعي أي: له تحليفه أنه ما حلفه سابقا فإن حلف فله أن يحلف المدعي عليه وللمدعي أن يرد اليمين على المدعي عليه فيحلف أنه قد استحلف على هذه الدعوى ثم لا يحلف مرة أخرى.

• ص:

أو ما يعلم فسق الشهود.

• ش:

قوله: (أو ما يعلم) عطف على قوله: (ما حلفه) أي: وله بيمينه ما يعلم فسق

الشهود أي: البينة.

يعني: أن من ادعى على شخص بحق وأقام عليه به بينه فإن المدعي عليه أن يحلف أنه ما يعلم بفسق شهوده فإن حلف بقي الأمر بحاله وإن نكل ردت اليمين على المدعي عليه فإن حلف سقط الحق وإذا كان للمدعي عليه تحليف المدعي أنه لم يعلم بفستق الشهود فأولى له تحليفه أنه معذور بالنسيان وما بعده حيث حلفه ولم يأت بالبينة كما نبهنا عليه سابقا فمن نفي البينة ولم يأت به وحلف خصمه المنكر ثم أراد بعد ذلك أن يقيم بينة عليه فلا تقبل منه بعد تحليفه إلا لعذر لنسيان... إلخ. وإذا قبلت بينة للعذر فللمدعي عليه تحليفه أنه معذور بالنسيان ونحوه حيث حلفه ولم يأت بها. هذا معنى كلام «الش».

● ص:

وإن أحضرها قيل للآخر، ألك مطعن.

● ش:

هذا قسيم قوله السابق: (فإن نفاها حلفه... إلخ).

يعني: أن القاضي إذا قال للمدعي: ألك بينة؟ فقال: نعم، أمره بإحضارها فإذا أحضرها وسمع شهادتها قال للآخر وهو المدعي عليه: ألك مطعن في هذه البينة؟ فإن لم يأت بمطعن فيها حكم عليه وإلا أنظره لإثبات ما يدعيه وعمل بمقتضاه وقول القاضي ما ذكر هو المسمى بالإعذار بكسر الهمزة والإعذار واجب والحكم بدونه باطل فينقض ويستأنف بإعذار. وقال الناصر: لا ينقض الحكم وإنما يعذر إليه فإن أبدى مطعنا نقض وإلا فلا. قاله «حش».

ولو ادعى المحكوم عليه عدم الإعذار لم ينقض الحكم. قاله الأخوان، وقال غيرهما: يستأنف الإعذار فإن أبدى مطعنا نقض وإلا فلا. قاله «خ».

والإعذار الهمزة فيه للسلب يقال: أعذر إليه أي: قطع عذره أي: لم يبق له عذر أي: قطع حجته وليس المراد أثبت عذره.

قال بعضهم: الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم ببينة هل عنده ما يجرح هذه البينة أم لا.

● ص:

وندب توجيه متعدد لمن غاب قريبا.

● ش:

محط الندب التعدد وأما أصل الإعذار فواجب كما سبق ويكفي فيه الواحد العدل.

يعني: أن من أقيمت عليه البينة إذا كان غائبا غيبة قريبه كاليومين والثلاثة مع الأمن فإنه يندب للقاضي أن يرسل إليه متعددا من العدول لأجل الإعذار له في البينة التي شهدت عليه في غيبته.

والحاصل: أن قريب الغيبة كالحاضر في سماع الدعوى عليه والبينة وتزكيتها فيسمع القاضي عليه الدعوى والبينة والتزكية في غيبته ثم يرسل إليه بالإعذار فيها وأنه إما أن تقدم أو يوكل عنه وكيلا في الدعوى، فإن لم يقدم ولا وكل وكيلا حكم عليه في كل شيء ويبيع عقاره في الدين ويعجزه إلا في دم وعتق ونسب وطلاق وحبس كما يأتي ولما كان القاضي له الحكم على الغائب وكانت الغيبة ثلاثة أقسام قريبة وبعيده ومتوسطة ذكرها على هذا الترتيب فأشار للقريبة بما تقدم ثم أشار للبعيدة بقوله:

● ص:

والبعيد جدا كإفريقية من المدينة يقضي عليه وإذا قدم أعذر له.

● ش:

يعني: أن الغائب البعيد جدا كافر يقيه من المدينة أو من مكة يقضي عليه في كل شيء من دين أو عرض أو حيوان أو عقار بعد سماع البينة وتزكيتها وبعد يمين القضاء منم المدعي كما يأتي ويقال لها: يمين الاستظهار ويمين الاستبراء فيحلف أن حقه هذا ثابت على الغائب وأنه ما أبرأه ولا أحاله الغائب به ولا وكل من يقضيه عنه في الكل ولا البعض وهي واجبة لا يتم الحكم غلا بها على المذهب وهذه اليمين تتوجه في الحكم على الغائب والميت واليتيم والمسكين والأحباس ونحو ذلك كما يأتي وإذا حكم القاضي على الغائب البعيد الغيبة بعد سماع البينة

وتزكيتها مع يمين القضاء ثم قدم الغائب فإنه يعذر إليه في الشهود فيجيب عليه تسميته الشهود وإلا نقض حكمه كما إذا لم يحلف المدعي يمين القضاء، قال بعضهم: ما لم يشتهر القاضي بالعدالة وإلا فلا ينقض حكمه.

وبعبارة: لابد للقاضي من تسميته الشهود والمعدلين لهم في حكمه على الغائب ليجد له دفعا عند قدومه بتجريح الشهود؛ لأنه باق على حجته، فإن لم يسم البينة وألزم الخصم الحكم من غير تسميته فسخ حكمه ويستأنف ثانيا ويجري في متوسط الغيبة أيضًا تسمية الشهود. كما في «خ» وغيره.

ومعنى تسمية الشهود أنه يكتبهم عنده ثم يعرض أسماهم على الغائب إذا قدم ثم إن تسمية الشهود حيث كان يعذر فيهم كذا ينبغي. قاله «خ».

ثم أشار للمتوسطة مشبها لها بالبعيدة فيما سبق بقوله:

● ص:

كالمتوسط عشرة أيام مع الأمن أو اثنان مع الخوف إلا أن هذا لا يسمع عليه دعوى استحقاق العقار.

● ش:

يعني: أن متوسط الغيبة وهو ما كان على عشرة أيام مع الأمن أو على يومين مع الخوف حكمه حكم بعيد الغيبة فيقضي عليه بعد سماع البينة وتزكيتها مع يمين القضاء في كل شيء ثم إذا قدم أعذر إليه في البنية؛ لأنه باق على حجته إذا قدم فيجب هنا تسمية الشهود كما سبق في بعيد الغيبة فمتوسط الغيبة كبعيدها في كل شيء إلا أن هذا أي: متوسط الغيبة لا يسمع عليه دعوى استحقاق العقار لكثرة المشافة فيه دون غيره فتؤخر الدعوى عليه فيه حتى يقدم وإنما سمعت الدعوى على بعيد الغيبة العقار لضرورة مشقة الصبر على المدعي لو أخر لقدومه منه واحترز باستحقاق العقار عن بيعه في دين أو نفقة زوجة فإنه يحكم به ثم إن ما قارب كلا من مسافة الغيبة في الأقسام الثلاثة له حكمه.

ولما كانت يمين الاستظهار لابد منها في الحكم على بعيد الغيبة ومتوسطها كما أشار لذلك مع بقية المسائل التي لابد منها بينها بقوله:

● ص:

ووجبت يمين الاستظهار مع البينة في دعوى على غائب أو ميت أنكر وارثه أو حبس مسكين أو بيت المال أو استحقاق حيوان أو على فعل بر أو محجور.

● ش:

يعني: أن يمين الاستظهار ويقال لها: يمين القضاء ويمين الاستبراء تجب مع البينة في الدعوى على الغائب كما هنا فلا يقضي الحاكم على بعيد الغيبة أو متوسطها إلا بعد شهادة البينة على الغائب ويمين القضاء من المدعى بأن يحلف أنه ما أبرأ ولا احتمال ولا وكل له الغائب من يقضيه عنه كله ولا بعضه كما تقدم ومعنى وجوب هذه اليمين أنه لا يتم الحكم إلا بها كما مر.

وكذا تجب يمين الاستظهار مع البينة في الدعوى على ميت إذا أنكر وارثه الدين الذي عليه أي: على الميت وأما إذا ادعى الوارث أن الميت قضى الدين للمدعي ففي مُحَشِّي الخَرَشي تكفي المدعي البينة بدون يمين الاستظهار.

وكذا تجب يمين الاستظهار مع البينة على من ادعى في حبس أنه ملكه أو أنه يستحق فيه.

وكذا تجب هذه اليمين مع البينة على من ادعى على مسكين أو يتيم أن ما في يده ملك له فيحلف مع البينة أنه ملكه وأنه ما تصدق به عليه ولا وهبه له ولا جس عليه.

وكذا تجب هذه اليمين مع البينة على من ادعى على بيت المال أن له فيه لقطة أو أبق أو ميراثا ونحو ذلك.

وكذا تجب يمين الاستظهار مع البينة في دعوى استحقاق حيوان؛ لأن الحيوان شأنه الانتقال فيحلف أنه لم يخرج عن ملكه بناقل شرعي.

وكذا تجب يمين الاستظهار مع البينة في الدعوى على فعل من أفعال البركان يدعي أن هذه الصدقة مثلا ملكه لم تخرج عنه وإنما غصبت منه.

وكذا تجب يمين الاستظهار مع البينة في الدعوى على محجور لصغر أو سفه أو جنون ولا يجوز لوليه المصالحه على إسقاط اليمين إذا علم بقرائن الأحوال أن المدعي لا يحلف وكذا وكيل الغائب.

تنبيهان:

الأول: محل الحكم على الغائب إذا كان من عمالة القاضي وإلا فلا حكم له عليه إلا أن يكون له مال أو وكيل أو حميل بعمالته، أفاده «حش».

الثاني: إذا أوصى الميت بتصديق المدعي بلا بينة أو يمين نفذ ذلك فيما يحمله الثلث؛ لأنه كان أوصى له به فإن تعدد المدعون فكوصايا ضاق عنها الثلث حيث لم يسع الكل، أفاده «حش» أيضًا.

● **ص:**

فإن ادعى مطعنا أثبته وهكذا.

● **ش:**

هذا مرتبط بقوله السابق: (قيل للآخر: ألك مطعن؟).

يعني: أن المدعي إذا أحضر البينة وشهدت عند الحاكم قال للمدعي عليه: ألك مطعن في هذه البينة؟ فإن قال: لا حجة لي حكم عليه بلا مهلة كما إذا أبدئ حجة غير معتبرة شرعا وإن ادعى مطعنا شرعيا أثبته بالبينة وهكذا فيجيب الآخر عن المطعن بما يثبته فإذا ادعى عداوة وأثبتها في الشهود الأول يقول الثاني ومن يشهد لك بعداوة شهود لك فيقول البينة فيثبت العداوة بها فيقال للأول: ألك مطعن في الذين رد بهم بينتك؟ فإذا قال: نعم أثبته وهكذا حتى يعجز أحدهما فيحكم عليه.

وبعبارة: إذا قال المحكوم عليه: لي حجة في البينة أنظره الحاكم باجتهاده لإثبات الحجة كما يأتي ثم يحكم عليه بعد ذلك إن لم يثبتها وإذا قال: لا حجة لي حكم عليه بلا مهلة وإن قال: لي بينة بعيدة كالعراق حكم عليه ويكون باقيا على حجته إذا قدمت بينته فيقيمها عند هذا القاضي أو غيره.

ثم ذكر مسائل لا إعذار فيها فقال:

● **ص:**

ولا إعذار في شاهد من قبل القاضي أو ضيق عليه كالمبرز بغير العداوة.

● **ش:**

يعني: أنه لا إعذار في الشاهد من قبل القاضي ويدخل فيه موجهه ومزكي سره

فاشتمل قوله: (ولا إعذار في شاهد من قبل القاضي) على ثلاث مسائل مما ذكره الأصل:

الأولى: شهود مجلسه الذين يشهدون على إقرار المدعي عليه في المجلس فلا إعذار فيهم لمشاركته لهم في سماع الإقرار فيحكم عليه في المجلس فلا إعذار فيهم لمشاركته لهم في سماع الإقرار فيحكم عليه من غير إعذار في الشهود الحاضرين أذلوا عذر فيهم للزم الإعذار في نفسه وهو لا يعذر في نفسه.

الثانية: الشهود الذي يوجههم القاضي لسماع دعوى أو لتحليف أو حيازة فلا إعذار فيهم؛ لأنه أقامهم مقام نفسه وهو لا يقدر في نفسه وأيضا فإنه لا يقيم إلا من يثق به فلا يلزمه أن يسميه.

الثالثة: مزكي السر وهو مخبر القاضي سرا بعدالة الشهود أو جرحهم فلا إعذار فيه وليس على الحاكم تسميته بل لو سئل عمن عدل أو جرح لم يلتفت للسائل.

المسألة الرابعة: وإليها الإشارة بقوله: (أو ضيق عليه) الشاهد الذي يخالف عليه الضرر من الخصم الذي شهد عليه أو الذي جرح بينته فلا إعذار فيه بل لا يسمى الشاهد للأول ولا المجرح للثاني.

وجملة (ضيق) عطف على متعلق قوله: (من قبل القاضي) أي: لا إعذار في شاهد كان أو حصل من قبل القاضي أو ضيق عليه أي: ولا إعذار في الشاهد ضيق عليه من الخصم ويفتش الحاكم عن حال الشاهد ويبحث على عدالته من غير إطلاع الخصم الخامسة الشاهد المبرز في العدالة أي: الفائق أقرانه فيها فلا يغدر فيه بغير العداوة والقرابة والغفلة ويعذر فيه بهذه الثلاثة فإن كان عدوا للمشهود عليه أو قريبا للمشهود له أو مغفلا ينخدع بتحسين الكلام وتمويهه فلا تقبل شهادته فهذه خمس مسائل لا إعذار فيها كما عرفت.

وكذا لا إعذار في الجمع الكثير كما في «عج»؛ لأنه خرج مخرج التواتر ولا إن كان الخصم غير معين كالفقراء الأقوى في ذلك فإذا ادعى إنما هو موقوف على الفقراء ونحوهم ملكه غصب منه مثلا أو أوقفه عليهم مورثه ولم يجز عنه قبل موته فإنه يثبت ذلك بالبينة ويحلف يمين الاستظهار ولا إعذار في البينة لعدم تعيين

الخصم حتى يعذر له وفصل «المص» المبرز بكاف التشبيه أفاده «الش» و«حش».

وفصل «المص» المبرز بكاف التشبيه ليفيد أن القيد وهو قوله: (بغير عداوة) راجع لما بعدها فقط وأما ما قبلها فلا إعذار فيه مطلقًا لا بعداوة ولا بغيرها.

• ص:

ومن قال: لي حجة أنظر بالاجتهاد ثم عجز إلا في دم وحبس وعتق ونسب وطلاق.

• ش:

يعني: أن المشهود عليه إذا أعذر إليه في البينة فإن ادعى فيها مطعنا أثبته كما تقدم وإن قال: لي حجة أي: مطعن من فسق أو غيره لكن لم يتسر لي إثباته الآن أنظره الحاكم لإثباته بالاجتهاد أي: بما يقتضيه نظره ليس لأمره زمن معين ثم إن لم يثبت حجته حكم عليه وعجزه أي: حكم بعجزه وعدم قبول بينة يأتي بها بعد زيادة على الحكم بالحق إلا في خمس مسائل فلا تعجيز فيها للحاكم:

الأولى: دعوى الدم كأن يدعي شخص على آخر أنه قتل وليه عمدا وإن له بذلك بينة فأنظره القاضي ليأتي بها فلم يأت فلا يحكم بتعجيزه عن القيام بها فمتى أتى بها حكم بقتل المدعي عليه.

الثانية: الحبس فإذا ادعى إنسان على الآخر أنه حبس عليه داره مثلا فأنكر فطلب الحاكم منه بينة على دعوه فعجز عنها في الحال فلا يحكم بتعجيزه وله القيام بها متى وجدها وإن منعه إلا من من وضع يده عليها.

الثالثة: العتق فإذا ادعى الرقيق على سيده العتق فأنكر السيد فقال: عندي بينة فأنظره إليها فلم يأت بها فلا يعجزه بل متى أقامها حكم بعتقه وإن حكم الآن بنفاية على الرق.

الرابعة: النسب كان يدعي أنه من ذرية فلان وإن له بينة بذلك وعجز عن إقامتها الآن فلا يعجزه بل متى أتى بها حكم بثبوت نسبه وإن كان الآن لم يثبت له نسب.

الخامسة: الطلاق فإذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها وإن له بنية بالطلاق وعجزت عن إقامتها الآن فلا يعجزها بل متى أتت بها حكم بطلاقها وإن حكم الآن

بأنها في عصمته.

والحاصل: أنه يحكم الآن بإبطال الدم وبإبطال الحبس وإبقاء الرق وبعدم النسب وببقاء الزوجية ولا يعجز المحكوم عليه أي: لا يحكم بعجزه أي: بعدم قبول بينة يأتي بها في المستقبل بل هو باق على حجته فمتى جاء ببينة حكم بمقتضاها.

تنبيهان:

الأول: هذه المسائل الخمس التي ذكرها «المص» تبع فيها الأصل وتعقبه الرماصي بأنه لا يحتاج لاستثنائها على مذهب المدونة من قبول الحجة لعذر بعد التعجز إنما يحتاج للاستثناء على القول بعدم قبول الحجة مطلقًا. وللبناني معه كلام فانظره فيه. أفاده «الش».

الثاني: علم مما سبق إن عدم التعجيز جانب المدعي وأما المدعي عليه بأن قتل أو أنه طلق... إلخ. ولم يأت بمدفع بعد استيفاء الحجج فإذا عجزه الحاكم فلا يقبل نه ما أتى به بعد ذلك في جميع المسائل حتى في الدم ونحوه كما ارتضاه الجيزي تلميذ الناصر اللقاني شيخ مشايخ إلا جمهوري وخالفه الأجهور وقال: إن كلام «المص» عام في المدعي والمدعي عليه. وظاهر مصنفنا أنه تابع للأجهوري؛ لأنه عبر بمن في قوله: (ومن قال لي حجة... إلخ)، وهي من صنع العموم.

ثم استثنى من ذلك المسائل الخمس؛ أي: ومن قال من مدع أو مدعي عليه: لي حجة انظر... إلخ. فكل من توجه عليه الحكم سواء كان مدعيا أو مدعا عليه إذا قال: لي حجة ينظره الحاكم لإثبات حجته، فإن لم يثبتها عجزه إلا في ذم... إلخ.

وعلى هذا فالاستثناء متصل وأما على كلام الجيزي فهو منقطع؛ لأن المستثنى منه جنس المدعي عليه والمستثني جنس المدعي.

● **ص:**

وكتب التعجيز.

● **ش:**

يعني: أن القاضي إذا انظر الخصم باجتهاده فلم يأت بحجة فإنه يعجزه في غير

المسائل المستثناة ويكتب تعجيزه في سجل قطعا للنزاع في كتب في السجل أنا أعذرنا له في البينة فادعى أنه له حجة وقد انظرناه بالاجتهاد فلم يأت بها فحكمنا بعجزه فلا تسمع له بينة بعد ذلك أو يقول في السجل ادعى فلان أن له بينة ولم يأت بها وقد عجزته خوفا من أن يدعي بعد ذلك عدم التعجيز وأنه باق على حجته وإن كان لا يقبل منه ذلك على المذهب دفعا للنزاع؛ لأن هناك من يقول بالقبول، قال «دك»: نعم إذا عجزه بالمعنى المذكور فله إقامة بينة لم يعلمها أو نسيها.

● ص:

وإن لم يجب حبس وأدب ثم عد مقرا.

● ش:

يعني: أن المدعي عليه عند القاضي إذا لم يجب بإقرار ولا بإنكار أو قال: لا أخاصمه فإنه يحبس ويؤدب بالضرب ثم إن استمر على عدم الجواب يعد مقرا بالحق فيحكم عليه به ولا يمين على المدعي؛ لأن اليمين فرع الجواب وهو لم يجب.

● ص:

وإن أنكر المعاملة فأثبت الآخر الحق لم تقبل بينة توفيته، بخلاف لا حق لك.

● ش:

يعني: أن المدعي عليه إذا أنكر أصل المعاملة بأن قال للمدعي: لا معاملة بيني وبينك فأثبت المدعي الحق الذي ادعاه بالبينة فأثبت المدعي عليه أنه وفاه حقه وقضاه له فإنها لا تقبل من المدعي عليه بينة التوفية بعد الإنكار؛ لأنه أكذب بنيته بإنكاره أصل المعاملة؛ لأن قوله: لا أعامله؛ مستلزم لعدم الدين ولعدم القبض الذي شهدت به البينة، بخلاف ما إذا قال المدعي عليه: لا حق لك عندي يا مدعي فأقام المدعي بينة تشهد له بالحق فأقام المدعي عليه بينه تشهد له بأنه وفاه ذلك الحق فإنها تقبل بنيته بالتوفية بعد ذلك إذ كلامه المذكور ليس فيه تكذيب لبينته؛ لأن قوله: لا حق لك عندي؛ صادق بما إذا كان له قبل ذلك حق وقضاة ومثل لا حق لك عندي أو لا شيء لك عندي أو لا حق لك علي أو ليس لك على حق أو ليس لك

قبلي شيء ونحو ذلك.

● ص:

وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين لا يمين بمجردها وإلا توجهت في غير النكاح ولا ترد بل يحبس الناكل ثم يدين.

● ش:

يعني: أن محل دعوى لا تثبت إلا بعدلين كنكاح ورجعة وطلاق وعتق وقتل وقذف فلا يمين على المدعي عليه بمجردها من المدعي، فإن لم تجر دعوى المدعي بل أقام عليها شاهدا واحدا توجهت اليمين على المدعي عليه في غير النكاح لرد شهادة الشاهد ولا ترد اليمين من المدعي عليه على المدعي إذ لا ثمرة في ردها مع كون الدعوى لا تثبت إلا بعدلين بل إن حلف من توجهته عليه وهو المدعي عليه ترك وإن نكل حبس ثم إن طال حبسه دين وذلك في نحو الطلاق والعتق مما يأتي في الشهادات فإذا أقامت الزوجة شاهدا على زوجها بأنه طلقها وأنكر الزوج ذلك فيلزمه اليمين على عدم الطلاق لرد شهادة الشاهد فإن نكل حبس فإن طال حبسه دين وليس للزوج أن يرد اليمين على الزوجة.

وقوله: (في غير النكاح) احترازًا عن النكاح فلا تتوجه فيه اليمين على المدعي المنكر؛ لأن النكاح مبني على الشهرة فإذا ادعى رجل إن فلانا زوجة ابنته وأنكر الأب فأقام الزوج شاهدا واحدا بذلك فلا تتوجه اليمين على الأب لرد شهادة الشاهد ولا يثبت النكاح بذلك.

وقوله: (لا تثبت إلا بعدلين) خرج بذلك الأموال وما يئول إليها فإنها تتوجه فيها اليمين على المنكر بمجرد الدعوى وترد فيها اليمين على المدعي وإن أقام عليها شاهدا واحدا حلف معه واستحق كما يأتي.

وقوله: (وإلا) مفهوم قوله: (بمجردها) أي: وإلا تتجرد الدعوى بأن أقام عليها شاهدا توجهت على المدعي عليه في غير النكاح كالطلاق والعتق ولا ترد على المدعي بل إن حلف ترك وإن نكل حبس فإن طال حبسه دين.

وبعبارة: إذا لم تتجرد الدعوى توجهت اليمين ولا نرد وذلك في الطلاق والعتق

والقذف لا في غير ذلك فقوله: (وإلا توجهت ولا ترد... إلخ) ليس على إطلاقه بل في بعض المسائل الآتية في الشهادات.

● ص:

ولا يحكم لمن لا يشهد له.

● ش:

يعني: أنه لا يجوز للحاكم أن يحكم لمن لا تجوز شهادته له كالغريب من أب أو أم أو ابن أو بنت أو أخ أو أخت أو زوجة أو يتيم في حجره وجاز أن يحكم على من لا يشهد له.

وكذا يجوز حكمه من ولاه كالخليفة ولا يحكم على من لا يشهد عليه كعدوه وجاز من يحكم له ومحل كلام «المص» إذا كان الحكم يحتاج لبينة؛ لأنه يتهم بالتساهل فيها وأما إذا اعترف المدعي عليه طائعا مختارا فيجوز الحكم لقريبه عليه، أخذا مما نقله ابن رشد بالأولى ونصه على ما نقله المواق: وانظر هل يحكم لنفسه، قال أشهب: لا يقضي لنفسه، ابن رشد: وله الحكم على الإقرار على من استهلك ماله ويعاقبه لقطع أبي بكر الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته، وانظر المفتي هل هو كذلك فيمتنع أن يفتي على من لا تجوز شهادته عليه وهل يجوز أن يفتي لمن لا تجوز شهادته له، ثم رأيت في البرزلي ما نصه: المازري: عداوة المفتي كعداوة الشهود. اهـ «خ».

ولما أخبر الرسول عليه الصلاة والسلام أن «القضاة ثلاثة: جابر وجاهل وعدل» ذكر «المص» أحكامها على هذا الترتيب فقال:

● ص:

ونبذ حكم جائر وجاهل لم يشاور العلماء فإن شاور تعقب ومضى غير الجور.

● ش:

يعني: أن القاضي الجائر في أحكامه وهو الذي يميل عن الحق عمدا ومنه من يحكم بمجرد الشهادة من غير نظر لتعديل ولا تجريح تنبذ أحكامه أي: تطرح وتلغي أي: ينقضها القاضي الذي يتولى بعده ولو كانت صحيحة في ظاهر الحال

ولا يرفع حكمه الخلاف إلا أن يثبت صحته ظاهر أو باطنا أيضًا؛ لأن الجائر قد يتحيل ويصور الباطل بصورة الصحيح.

قال ابن رشد: القاضي الجائر ترد أحكامه دون تصفح وإن كانت مستقيمة في ظاهرها إلا أن يثبت صحة باطنها وكذلك تنبذ أحكام القاضي الجاهل الذي لم يشاور العلماء بل يحكم بين الناس بالحد تود التخمين ولو وافق الحق، وقيل: إن أثبت صحة باطنها لم تنقض كالجائر فإن شاور العلماء تعقب حكمه ونقض منه الخطأ ومضى غير منه غير الجور وهو الصواب وإنما تعقب مع المشاورة؛ لأنه وإن عرف الحكم فقد لا يعرف الطريق إلى إيقاعه؛ لأنه يحتاج لزيادة نظر في البينة وغيرها من أحوال المبتدأ عيين إذا لقضاء صناعة دقيقة لا يهتدي إليها كل الناس بل ولا أجل العلماء.

فإن قلت: كيف تصح تولية الجاهل مع أن شرط توليته العلم؟

أجيب: بأنه قد يتولى الجاهل لعدم العلم حقيقة أو حكما كمرض العالم أو سفره.

وقوله: (فإن شاور تعقب) تبع فيه الأصل التابع لابن عبد السلام والكلام في الجاهل العدل، والذي قاله ابن يونس واللخمي والمتيطي وابن عرفة: أن محل تعقبه إن لم يشاور العلماء فإن شاورهم مضى قطعاً ولا يتعقب. وظاهر كلامهم أن هذا هو المذهب، ويمكن أن يقال: إن كلام «المص» كالأصل في جاهل غير عدل لم يشاور فإن شاور تعقب؛ لأن عدم عدالته تؤديه إلى الحكم بغير ما دله عليه العلماء لكن هذا الجواب يفيد أنه جائز فيكون داخلا فيما قبله إلا أن يقال: الجائز المتقدم يحمل على العالم وهذا جاهل فاسق وأما العدل العالم فأشار له بقوله:

● ص:

ولا يتعقب حكم العدل العالم بل إن عثر منه على ما خالف قاطعا أو جلي قياس نقض وبين.

● ش:

يعني: أن القاضي العالم العدل إذا عزل أو مات وولى غيره لا تتعقب أحكامه

أي: لا ينظر فيها من يتولى بعده لئلا يكثر الهرج والخصام وتفاهم الأمور بل إن عثر منه على حكم خالف نصبا قاطعا أو جلي قياس نقض حكمه سواء وقع ذلك منه عمدا أو خطأ أو نسيانا.

وإذا نقض حكمه بيَّن الناقض وجهه أي: بين السبب الذي نقض من أجله لئلا ينسب للجور والهوى بنقض الأحكام التي حكم بها القضاة.

وكذا إن نقض حكم نفسه في ولايته الأولى أو الثانية فيبين السبب.

وقوله: (العدل) أخرج به الجائز فإن جهلت عدالته حمل عند جهل الحال على العدالة إن ولاه عدل.

وقوله: (العالم) أخرج به الجاهل المتقدم مع الجائر والقاطع هو نص الكتاب والسنة والإجماع والقواعد:

مثال ما خالف الكتاب: أن يحكم بشهادة كافر فإنه مخالف؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢].

ومثال ما خالف السنة: أن يحكم بالشفعة للجاد فإن الحديث الصحيح وارد باختصاصها بالشريك ولم يثبت له معارض صحيح.

ومثال ما خالف الإجماع: أن يحكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد؛ لأن الأمة كلها على قولين اختصاص الجد أو مقاسمة الأخ له ولم يقل أحد باختصاص الأخ وحرمان الجد.

ومثال ما خالف القواعد: أن يحكم بالبينة النافية دون المثبتة فإن القواعد الشرعية تقديم المثتبه على النافية.

وقوله: (أو جلي) قياس من إضافة الصنعة للموصوف أي: خالف القياس لجلي وهو ما قطع فيه بنفي الفارق أو ضعفه كقياس الأمة على العبد في التقويم على من أعتق نصيبه منه من أحد الشريكين وهو موسر فإن حكم بعدم التقويم في الأمة نقض حكمه لمخالفة القياس الجلي.

ومثال ما خالف النص والقياس جميعا: الحكم بشهادة الكافر فهو مخالف للآية السابقة وللقياس؛ لأن الحكم بشهادة الفاسق لا تجوز فالكافر أشد فسوقا وأبعد عن

المناصب الشرعية في مقتضى القياس.

وكذا ينقض حكمه إذا حكم بما شذ مدركه أي: ضعف دليله كالحكم بغير العدول أو بالأقوال الضعيفة المردودة في مذهبه ومن ذلك توريث ذوي الأرحام مع وجود غيرهم.

ثم شرع يمثل لما خالف القاطع وجلي القياس بقوله:

● **ص:**

كسعي من أعتق المعسر بعضه بثمن باقية وشفعة جار وحكم على عدو وميراث ذوي رحم مع وجود غيرهم أو مولى أسفل أو بعلم سبق مجلسه أو جعل البتة واحدة أو ظهر قضاؤه بغير عدلين أو ثبت ببينة أنه قصد هذا القول فأخطأ لغيره فإن ادعى ذلك بعد الحكم نقضه هو لا غيره كأن ظهر أن غيره أصوب.

● **ش:**

قوله: (كسعي من أعتق... إلخ) قال «حش»: النقض في هذه المسائل غير متفق عليه، بل قال ابن عبد الحكم بعدم النقض. انظر «بن». اهـ.

الكاف للتمثيل وسعى مضاف لمن الواقعة على عبد من إضافة المصدر لفاعله والمعسر فاعل اعتق وبعضه مفعوله وبثمن متعلق بسعي أي: كحكم بسعي عبد مشترك أعتق سيده المعسر بعضه بثمن باقية أي: حكم عليه بأن يسعى في بقية ثمنه ليدفعه لغير المعتق ويخرج حرا.

والمعنى: أن أحد الشريكين في عبد إذا أعتق نصيبه منه وهو معجز بحيث لا يكمل عليه بعضه لعسره وأبى شريكه أن يكمل عتقه فإن هذا الحكم ينقض ولو كان الشريك الآبي ضعيفا يرى أن مذهبه ذلك كما أنه يحد لو شرب النبيذ ولو لم ير الحد مذهبا له.

وبعبارة: هذا الحكم ينقض مطلقًا كان الحاكم يرى ذلك في مذهبه أو لا لكن إن كان مذهبه لا يرى ذلك كالمالكي فله ولغيره نقضه وإن كان مذهبه يرى ذلك كالحنفي فلغيره نقضه.

وكذا نقول في المسائل الآتية ولا يخالف هذا ما يأتي من أن حكم الحاكم يرفع

الخلاف؛ لأن ما يأتي مقيد بما إذا قوي دليله وأما ما ضعف دليله كهذه المسائل فينقضي ولا يعتبر فيه حكم الحاكم، قال بعضهم:

وليس كل خلاف جاء معتبرا ... إلا خلاف له حظ من النظر

وكذا ينقض حكم الحاكم إذا حكم بالشفعة للجار لضعف المدرك فيه كما تقدم واستبعد المازري وغيره نقض الحكم في هذين المثالين؛ لأنه ورد في كل حديث واجبا بأن عامة أهل العلم ولاسيما علماء المدينة لما قالوا بخلافهما صار العمل بهما كأنه خرق للإجماع.

وكذا ينقض حكم الحاكم إذا حكم على عدوله عداوة دنيوية.

وكذا ينقض حكمه إذا حكم بتوريث ذوي الأرحام كالعمة والخالة وبنت الآخر والأخت وبنت العم والعمة والخال والخالة مع وجود غيرهم من العصبان.

وكذا ينقض حكم الحاكم إذا حكم بميراث المولى الأسفل وهو معتقه فقوله: (أو مولى) عطف على (ذوي رحم) أي: أو ميراث مولى أسفل.

وكذا ينقض حكم الحاكم إذا حكم بشيء من غير استناد لبينة أو إقرار بل حكم بعلم منه سبق مجلسه قبل ولايته أو بعد هالات الحاكم لا يكون بينة أما الإقرار في مجلسه فيأتي الحكم به فلا ينقض.

وكذا ينقض حكمه إذا جعل البتة أو الثلاث طلقة واحدة ويؤدب المعنى بذلك؛ لأن القول به منكر في الدين.

وكذا ينقض حكم الحاكم إذا ظهر أنه قضى عدلين كعبدين أو فاسقين أو كافرين أو صبيين أو عدوين للمشهود عليه أو قريبين للمشهود له ولو فحص أو لا عن أمرهما ولم يظهر ذلك إلا بعد القضاء.

وكذا ينقض حكمه إذا ثبت ببينة اعتمدت على قرائن الأحوال أو على إقراره قبل الحكم أنه قصد أن يقضي بهذا القول فأخطأ لقول غيره لغفلة أو نسيان أو اشتغال بال أما إذا لم يثبت ما ذكر بالبينة بل ادعى ذلك من نفسه بعد الحكم فإنه ينقضي حكمه هو بنفسه؛ لأنه أدرى بصدق نفسه ولا ينقضه غيره من القضاة ولا إن عزل ثم ولي مرة أخرى فلا ينقض حكم نفسه على ما رجح من القولين وقيل ينقضه بنفسه

مطلقًا أي: سواء كان باقيا على ولايته أو عزل ثم ولي مرة أخرى.

فإن قلت: ما وجه النقض فيما إذا قصد قولا فأخطأ لغيره من الأقوال؟

يجاب: بأن وجه النقض عدم قصده بالحكم فإن قصده بالحكم مضى وهل يمضي ولو كان غير مذهب أمامه نقول ذكروا عند قول الأصل فحكم بقول مقلده إن هذا ليس متفقا عليه حتى قيل ليس مقلده رسولا أرسل إليه بل حكوا خلافًا إذا اشترط عليه الإمام ذلك فقيل لا يلزمه الشرط والتولية صحيحة وقيل بل ذلك يفسد التولية وقيل يمضي الشرط المصلحة. أفاده «حش».

وقول «المص»: (كأن ظهر أن غيره أصوب) تشبيه في قوله: (نقضه هو لا غيره) أي: أن القاضي إذا حكم بحكم ثم رأى أن غيره أصوب منه فإنه ينقضه هو بنفسه لا غيره.

والحاصل: أن ثلاث مسائل لا ينقضها إلا حاكمها ويبين سبب نقضها:

الأولى: هذه المتقدمة وهي أن يحكم بحكم فظهر له أن غيره أصوب منه وهذا في المجتهد إذا حكم برأيه مستندا لدليل ثم ظهر له أن غيره أصوب منه وفي المقلد إذا كان من أهل الترجيح كما إذا حكم بقول ابن القاسم مثلا ثم ظهر له أن قول سحنون مثلا أرجح منه.

الثانية: إذا حكم المجتهد بحكم ثم ظهر له أنه خرج فيه عن رأيه خطأ أو نسيانا فينقضه ويحكم بما يراه.

الثالثة: إذا حكم المقلد فخرج عن مذهب أمامه خطأ فإنه ينقض هو لا غيره إذا ادعى ذلك بعد الحكم أما لو ثبت ذلك ببينة فينقضه هو أو غيره كما مر.

وكذا من قصد الحكم بشيء غير مستند لقول أحد فصادف قول عالم فإن حكمه ينقضه هو أو غيره. كما في «خ».

● ص:

وإن ظهر أحد الشاهدين غير عدل فكانفراد الآخر.

● ش:

يعني: أن القاضي إذا حكم بشهادة عدلين بعد الفحص عن حالهما ثم ظهر أن

أحد الشاهدين غير عدل كعبد أوصى أو كافر أو فاسق فإن ذلك يكون كانفراد الشاهد الآخر فكان المدعي لم يشهد إلا واحد فيحلف معه في الأموال ويستحق ما أخذه بشهادتهما وإن لم يحلف نزع منه إن حلف خصمه لرد شهادة الشاهد وإن نكل خصمه استحق ما أخذه بالشاهد والنكول ولا شيء لخصمه.

وكذا يحلف المدعي مع هذا الشاهد في الجرح كما سبق في المستحسنات الأربع من أنه ينقض بشاهد ويمين ويتم الحكم ولا ينقض ويكون هذا الشاهد لوثا في القتل يحلف الولي معه إيمان القسامة مع واحدا وأكثر من عصبته ويتم الحكم فإذا حكم القاضي في القتل بشهادة عدلين فظهر بعد الحكم أن أحدهما غير عدل كالعبد وما معه حلف ولي الدم مع عاصب أو أكثر خمسين يمينا وتم الحكم؛ لأن الشاهد الباقي لوث فإن نكل الولي عن حلفه خمسين يمينا مع عاصبه نقض الحكم وردت شهادة الشاهد الباقي.

● ص:

وإن اقتص بهما ولم يثبت موجب القصاص غرم عدل علم بعدم عدالة الآخر وإلا فعاقلة الإمام إلا أن يعلم ففي ماله.

● ش:

يعني: أنه إذا اقتص الإمام من الجاني جرحا أو قتلا بشهادة عدلين ثم ظهر أن أحدهم غير عدل كعبد ونحوه ولم يثبت موجب القصاص وتمام الحكم بما سبق من حلف المدعي المجروح وحلف ولي الدم مع عاصبه بأن نكل المجروح كمقطوع اليد أو نكل ولي الدم ونقض الحكم فإنه يغرم الشاهد العدل دية الجرح كاليد أو دية النفس إذا علم بعدم عدالة الآخر فغرم دية الجرح أو النفس على عاقلة الإمام إلا أن يعلم الإمام بعدم عدالة الآخر فإن الدية فيهما تكون في ماله وحده ولا يقتص منه؛ لأنه لا يعلم الكذب بل علم عدم العدالة فقط أما لو علم بكذب البينة واقتص فإنه يقتص منه كما يأتي وسياق «المص» في القتل والجرح قصاصا ومثل الجرح قصاصا القطع في السرقة على الصواب فإذا شهد اثنان بالسرقة فقطع المشهود عليه ثم ظهر أن أحدهما غير عدل فإنه يحلف المقطوع أن الشهادة عليه

باطلة ويغـرم العدل إن علم بعـدم عدالة الآخـر وإلا يعلـم فعلى عـاقلة الإمام إلا أن يعلم ففي ماله.

وقوله: (غرم عدل علـم... إلخ) معناه أنه يختص بالغرم ولا شيء على غير العدل واستنـكل بأن غـير العدل أولـى بالغـرم؛ لأن الغرم أن مـا جاء مـن قبله فلا أقل من المشاركة.

وأجيب: بـأن العالـم لما كـتم حال صـاحبه مع علـمه به كان هـو المتـسبب في الإتلاف فخـص بالغرم وبـأن غير العدل مجـبول على تـزويج حاله فعـذر وقد يعلم صدق نفسه.

وقوله: (وإلا فعاقلة الإمام) مفـهوم قوله: (علم) أي: وإلا يعلم العدل فالغرم على عاقلة الإمام.

ومفهوم (لم يثبت القصاص): أنه إذا ثبت بالـشاهد الباقي واليمين من المجروح أو من ولي الدم كمـا سبق فإنه يتم الحكم بـالشاهد البـاقي واليمين من المجروح أو من ولـي الدم كما سبق فإنه يتم الحكـم بالشاهد واليمين منهما ولا ينقضي ولا يغرم الشـاهد؛ لأن الجرح يثبت بالشاهد واليمـين والقتل يكون الشاهد فيه لوثا يقتض مع بإيمان القسامة كما مر.

والحاصل: أن المجني عليه المقطوع أو ولي المقتول إذا حلف مع الشاهد الباقي تم الحكم وثـبت القصاص؛ لأن جـرح العمد ثـبت بالشـاهد واليـمين والقتل يثبت بالشاهـد الواحد مع إيمـان القسامـة من ولي الدم مع واحـد أو أكثر من عصبة إذا لا يحلف في العمد أقل من رجلين فإن نكـل ولي الدم عن إيمان القسامة نقض الحكم وردت شهادة الشاهد الباقي وغرم الدية إذا علم بعدم عدالة الآخر وإلا فعاقلة الإمام إلا أن يعلم ففي ماله كما مر.

وإن نكل الـمقطوع الأول وهـو المجني عليه مـع شاهده الـباقي حلف الـمقطوع الثاني وهـو المقطوع قـصاصا أن شهـادة الشاهـد الباقي عليه بـاطلة ونقض الحكم واستحق ديـة يده مثلا من الـشاهد الـباقي إذا علم وإلا فعلـي عاقلة الإمـام كما مر، والله أعلم.

● ص:

ورفع الخلاف.

● ش:

يعني: أن حكم الحاكم في نازلة إذا وقع على وجه الصواب يرفع الخلاف أي: يرفع مقتضاه فلا يجوز العمل بغير ما قضي به في تلك النازلة لئلا يضيع فائدة القضاء من فصل الخصام وسد أبواب النزاع فإذا حكم بفسخ عقد أو صحة لكونه يرى ذلك لم يجز لقاضي غيره ولا له نقضه ولا يجوز لمفتي علم بحكمه أن يفتي بخلافه وقولنا على وجه الصواب احترازًا مما إذا خالف قاطعا أو جلي قياس فإنه ينقض كما مر فالحكم الذي يرفع الخلاف هو المعتبر بين لعلماء وأما ما ضعف مدركه بأن خالف نصا أو جلي قياس أو إجماع فينقض، فقوله: (ورفع الخلاف) أي: حيث لم يقض بما ينقض بأمر مما مر.

قال «دك»: ومن المخالف للقواعد القطعية وظواهر النصوص الخفية بما يفعل من الحيل الظاهرة الفساد كان يسلف غيره مالا ويقول: أنذر على نفسك أنه متى كان هذا المال في ذمتك أن تعطيني كل شهر مثلا كذا من الدراهم أو أعطني أرضك لأزرعها أو أبح لي منفعتها مدة بقاء الدراهم في ذمتك وحكم بذلك حاكم فلا ريب أنه يجب نقضه.

وبعبارة: حكم الحاكم يرفع الخلاف أي: يرفع العمل بمقتضاه بمعنى أنه إذا رفع لمن يراه ليس له نقضه وإلا فالخلاف بين العلماء موجود على حاله فمن لا يرى وقف المشاع إذا حكم حاكم بصحته ثم رفع له لا يحل له نقضه وكذلك إن قال شخص لمرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها وحكم حاكم بصحة هذا النكاح فالذي يرى لزوم الطلاق له ينفذ هذا النكاح ولا يحل نقضه والمحكم كالحاكم يرفع حكمه الخلاف والمراد من رفع الخلاف أنه يرفع في خصوص ما حكم به ولا يتعدى لمماثلة كما يأتي فإذا حكم حاكم بصحة عقد لكونه يراه وحكم آخر بفساد مثله لكونه يراه صار كل منهما كالمجمع عليه في خصوص ما وقع الحكم به فلا يجوز لأحد نقضه ولا له. قال عمر رضي الله عنه في الحمارية ذلك على ما قضينا

وهذا على ما نقضي لوم ينقض حكمه الأول. قاله «دص».

وقال أيضًا: وهل يرتفع الخلاف فيما بني عليه الحكم كما لو قال إنسان في مسجد جامع بناه غير العتيق: إن صحت الجمعة في مسجدي هذا فعبدي فلان حر فرفع العبد أمره لحنفي يرى صحة تعدد الجامع فحكم بعتقه فالعتق محل الحكم فيرتفع فيه الخلاف قطعا وأما صحة الصلاة فيه للمالكي فهل يرتفع فيها الخلاف أيضًا أفتى الناصر اللقاني برفعه وسلمه المتأخرون عنه وفيه نظر إن حكم الحاكم بالعتق لكونه يرى صحة الجمعة لا يستلزم الصحة عند غير الحاكم في ذلك المسجد إن حكمه بالعتق لا يتعدى لصحة الجمعة ففتواه: غير صواب.

● **ص:**

ولا يحل ما لو اطلع عليه منعه.

● **ش:**

يعني: أن حكم الحاكم وإن كان يرفع الخلاف في ظاهر الحال لا يحل ما لو أطع عليه الحاكم لمنعه كالزور مثلا إذا ادعى إنسان على رجل بدين دعوى باطلة وأقام عليها بينة زور فطلب الحاكم من المدعى عليه تجريحها فلم يقدر على تجريحها فحكم له به فالحكم صحيح في الظاهر لا يسوغ نقضه ولكن لا يحل للمدعى أخذ ذلك الدين؛ لأن الحاكم لو أطلع على ذلك لمنعه.

وكذا إذا لم يقم بينة فطلب الحاكم من المدعى عليه اليمين فردها على المدعى فحلف.

وكذا لو ادعى رجل على امرأة أنها زوجته وهو كاذب في دعواه وقام شاهدي زور على نكاحها وكان الحاكم لا يرى البحث عن العدالة كالحنفي أو كان يبحث عنها كالمالكي وعجزت المرأة عن تجريحها فحكم بأنها زوجة له فحكمه لا يحل وطئها له خلافًا للحنفية حيث قالوا: يجوز له وطئها مع علمه بأنه لم يكن عقد عليها كأنهم نظروا إلى أن حكمه صيرها زوجة كالعقد.

فإن قلت: إن الحنفية قد احتجوا لذلك بقول علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك.

قلنا: لا حجة لهم في ذلك؛ لأن قول عليّ رضي الله عنه تخلص من عهدة القضية

وإن الدرك على الشاهدين ولو فعل ما طلبت من تجديد عقد عليها لكان طعنا في قضائه من غير ثبوت مقتضي عنده لا أنه أباحها له في الباطن بذلك أفاده «حش».

وكذا إذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا فرفعته فأنكر فطلب منها الحاكم البينة فعجزت فحكم بالزوجة وعدم الطلاق فلا يجوز له وطئها نظرًا لحكم الحاكم؛ لأن الحاكم لو أطلع على الباطن لحكم بالطلاق.

والحاصل: أن حكم الحاكم المستكمل للشروط يرفع الخلاف الواقع بين العلماء ولا يحل حرا ما لظالم كاذب في دعواه فالحكم يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر وأما ما ظاهر كباطنه فيحل حكم الحاكم فيه الحرام كالحكم من الشافعي بأن وطئ الصغير يحل المبتوتة.

تنبيه:

لا يتوقف حكم الحاكم على لفظ حكمت بل يكون بكلمات دل على اللزوم فإذا قال: نقلت ملك هذه السلعة لزيدا وملكتها له أو فسخت عقد هذا النكاح أو البيع أو أبطلته فإن ذلك يعد منه حكما ولو لم يقل حكمت لكن لا أن يكون هذا بعد حصول ما يجب في الحكم من تقدم دعوى وبينة وتزكية وإعذار أو إقرار الخصم ونحو ذلك مما تقدم لقولهم لابد في الحكم من تقدم دعوى صحيحة وصحتها بإقامة بينة عادلة أو إقرار ممن يعتد بإقراره ومثل ما سبق أن يقول خذوه فاقتلوه أو حدوه أو عذروه ونحو ذلك وإذا رفع لحنفي من زوجت نفسها بلا ولي مع شاهدين قبل البناء فسكت عنها ولا يحكم بإثبات ولا نفي فإن سكوته يعد حكما يرفع الخلاف؛ لأن سكوته تقرير وتقرير الحاكم حكم، ونظر فيه بعضهم ثم قال: بل الظاهر أنه لا يعد حكما إلا إذا قال: قررته وأما مجرد السكوت فلا يعد حكما رافعا للخلاف. انظر الأصل وشراحه.

● **ص:**

وليس أفتى أو لا أجيز ولم يقصد الحكم حكما.

● **ش:**

قوله: (أفتى) اسم ليس وإن كان فعلا مضارعا؛ لأن المقصود لفظه وما بعده

عطف عليه وحكما خبرها أي: ليس هذا اللفظ حكما ويصح أن يكون اسم ليس قولا محذوفا وجملة أفتى وما بعده في محل نصب بذلك القول المحذوف؛ لأن القول وما تصرف بنصب الجمل أي: وليس قول الحاكم: أفتي بكذا، أو قوله: لا أجيز كذا، حكما يرفع الخلاف.

وقوله: (ولم يقصد الحكم) جملة حالية وهي قيد في الثاني وهو قوله: (لا أجيز) أي: وليس قوله: لا أجيز والحال أنه لم يقصد بذلك الحكم حكما.

يعني: أن القاضي إذا سئل عن قضية فقال: أفتى فيها بكذا وأخبر السائل بحكمها فإن قوله: أفتى بكذا، ليس حكما يرفع الخلاف؛ لأنه أخبار لا إلزام فلمن ولي بعده أن يستقبل النظر في ذلك وإذا رفعت إلى القاضي نازلة كمن زوجت نفسها بلا ولي فقال: لا أجيزه ولم يقصد بذلك الحكم فإن قوله ذلك ليس حكما يرفع الخلاف.

قال بعضهم: والحق أن قول الحاكم لا أجيزه إن كان بعد تقدم دعوى فهو حكم يرفع الخلاف وإن كان مجرد أخبار كما لو قيل له: إن امرأة تزوجت بلا ولي فقال: لا أجيزه فهو من الفتوى.

قال ابن عرفة مقتضى جعله فتوى أن لمن ولي بعده أن ينقضه ضرورة أنه لم يحكم به الأول، والظاهر أنه لا يجوز للثاني نقضه.

● ص:

ولا يتعدى لمماثل.

● ش:

يعني: أن حكم الحاكم في نازلة معينة لا يتعدى للمماثلها؛ لأن الحكم جزئي لا كلي بل إن تجدد المماثل فالاجتهاد منه أو غيره إن كان من أهل الاجتهاد فإن كان مقلدا فليحكم بما حكم به أو لا من راجح قول مقلده ولغيره من أرباب المذاهب أن يحكم بضده كما لو حكم مالكي بفسخ نكاح من زوجت نفسها بلا ولي ثم تجدد مثلها فرفعت المماثلة لحنفي فإنه يحكم بصحته وكل منهما صار كالمجمع عليه لا يجوز لأحد نقضه.

وقوله: (ولا يتعدىٰ لمماثل) أي: ولو في الذات المحكوم فيها أو لا كما لو فسخ نكاح من زوجت نفسها بلا ولي لكونه يرىٰ ذلك ثم زوجت نفسها بعد الفسخ لنفس ذلك الزوج بلا ولىٰ فإنه معرضا للاجتهاد منه أو من غيره فله تصحيح الثاني إن تغير اجتهاده ولغيره كالحنفي الحكم بتصحيحه ويرتفع الخلاف أيضًا.

ثم فرع «المص» علىٰ ما ذكره مسألتين قصد بهما التمثيل والإيضاح فقال:

● ص:

فإن فسخ نكاحا لرضاع كبيرٍ أو وطئ في العدة ثم عقد الرجل عليها ثانيا افتقر لتجديد حكم.

● ش:

فاعل فسخ ضمير القاضي المعلوم من السياق ونكاحا مفعوله.

وقوله: (لرضاع) متعلق بفسخ وهو علة للفسخ أي: فسخ نكاحا لأجل رضاع الزوج الكبير أم زوجته مثلا أي: فسخ نكاح الزوج لرضاعه أم زوجته وهو كبير والمراد بالكبير من زاد عمره علىٰ حولين وشهرين فإذا تزوج ببنت من أرضعته وهو كبير ورفع لمن يرىٰ التحريم برضع الكبير ففسخه فلا يتعدىٰ لمماثلة بل يفتقر لحكم آخر.

وقوله: (أو وطئ) عطف علىٰ رضاع أي: أو فسخ نكاح الوطئ في العدة ولو عقد عليها بعد العدة بأن وطئها في العدة بشبهة نكاح ثم عقد عليها بعد العدة ففسخ الحاكم نكاحه لكونه يرىٰ تأبيد التجريم.

وقوله: (ثم عقد الرجل) أي: الذي فسخ نكاحه للرضاع أو للوطئ في العدة.

وقوله: (افتقر لتجديد حكم) جواب عن المسألتين وإذا افتقر لتجديد حكم في عقد نفس الرجل المفسوخ عقده علىٰ نفس تلك المرأة فأولىٰ إذا عقد عليها غيره من مرتضع معها أو واطئ لها في العدة أو عقد هو علىٰ غيرها ممن كان علىٰ صفتها بأن يكون ارتضع أمها وهو كبير أم زوجته مثلا لكونه يرىٰ التحريم برضع الكبير أو فسخه لأجل وطئ الزوج في العدة ولو عقد بعدها لكونه يرىٰ تأبيد التحريم بالوطئ في العدة ثم إن هذا الرجل بعينه عقد علىٰ تلك المرأة بعينها عقدا ثانيا فإن حكم

القـاضي بفسخ العقـد الأول يتعدىٰ للعقـد الثانـي بل يفتقر العقـد الثاني لـتجديده حكم من الحـاكم الأول أو غيره وأولىٰ لو عقد عـليها غير الرجل الأول أو عقد الأول علىٰ غيرها؛ لأن حكم الحاكم إذا كـان لا يتعدىٰ للماثل في الذات المحكوم فيها أو لا، فأولـىٰ لا يتعدىٰ في غيرهـا فلمن حكم بـالفسخ إن تغير اجـتهاده ولغيره الحكم بالصحة أي: صحة العقد الثاني.

ونص ابن شـاس في هاتين المسألتين: إذا رفع إلـىٰ قاضي رضاع كبير فحكم بأن رضـاع الكبير يحـرم وفسخ الـنكاح مـن أجله فالقـدر الذي ثـبت بحكمه هـو فسخ النكاح فحسب وأما تحريمها عليه في المستقبل فإنه لا يثبت بحكمه بل يبقي ذلك معرضا للاجتهاد فيه وكذلك لو رفع إليه حال امرأة نكحت في عدتها ففسخ نكاحها وحـرمها علىٰ زوجـها لكان القـدر الذي ثبت مـن حكمه فسخ النكـاح فحسب وأما تحريمها في الـمستقبل فمعرض للاجتهاد ومن هـذا الوجه أن يحكم بنجاسته ما أو طعام أو شراب أو تحريم بيع أو نكاح أو إجارة فإنه لا يثبت حكم في ذلك النجس من العقود ولا مـن المبايعات علىٰ التأبيد فإنما له أن يعين من ذلك مـا شاهده وما جدد بعد ذلك فهو معرض لمن يأتي من الحكام والفقهاء. اهـ.

والحاصل: أن من تزوج بزوجة رضع أمها وهو كبير أو تزوج بمن وطئها في العدة ففسخ حـاكم نكاحه لرضاعه أمـها أو للوطئ في العدة لكـونه يرىٰ ذلك ثم عقد هذا الزوج علـيها ثانـيا فإنه لا يـتعدىٰ حكم الحـاكم للعقد الثـاني وتصير هـذه الزوجة كغيرها مـمن يتقدم عليها فسخ أصلًا فـيفتقر العقد الثاني لـتجديد حكم من الحاكم الأول أو غـيره فله إن تغير اجتهـاده أو لغيره أن يحكـم بـصحة العقـد الثانـي نعم لو حكم بتأبيد التحـريم بالوطئ في العدة لـم يجز له ولا لغيره نقضه أبدا؛ لأن الحكم وقع منه مـؤبدا وأما ما سبق فلم يقع منه إلا الحكـم بـمجرد الفسخ ولـم يحكم بتأبيد التحـريم ففرق بين الحكـم بمجرد الفسخ لـكونه يرىٰ التـأبيد وبين الحكم بـتأبيد التحريـم فتدبر.

وبعبارة: إذا حكم حـاكم بفسخ نكـاح امرأة لرضـاع زوجها الكبير لأمـها لكونه يـرىٰ التحريم برضاع الكبير أو حكم بفسخ عقـد امرأة وقع في عدتها لكونه يرىٰ أن

النكـاح في العدة يؤبـد التحريم فحكـمه في المسألـتين إنما هو بمجـرد الفسخ لما ذكـر فلا يجود نقضه بحيث يحكم فيهما بالصحـة وأما تحريمها عليه في المستقبل فلا يتعـدئ إليه الحكـم وإن كان هو الحامل له على الفسخ فيكون معرضا للاجتهاد منه أو من غيره فتصـير هذه المرأة فـي المستقبل كغـيرها ممن لم يتقـدم عليها فسخ بسبب رضاع أو بـسبب عقد عليهـا في العدة فللحـاكم الذي فسخ نـكاحها إن تغير اجتهاده أو لغيره أن يزوجها لمن فسخ نكاحها في الصورتين.

● ص:

وحيث ظهر الحق فلا يدع إلى الصلح إلا لذي فضل أو رحم أو خشي تفاقم الأمر.

● ش:

يعني: أن القـاضي حيث ظهر له وجه الحق على أحد الخصمين لـلآخر ببينة أو إقرار معتبرين شرعـا فإنه لا يدع الخصمين إلى الصلح؛ لأنه لابد فيه من حطيطة في الغـالب فالأمر به هضـم لبعض الحق إلا أهل الفضل أي: العلم والصلاح وإلا ذوي الرحم أي: الأقارب فينـدب له أن يأمرهم بالصلح؛ لأن القضـاء أمر يوجب الشحناء والتفرق، بخلاف الصلح فإنه أقرب لجمع الخواطر وتأليف النفوس المطلوب شرعا وإلا إذا خشي تفاقم الأمر أي: إتساع العداوة بين الخصمين فيجب عليه أن يأمرهما بالصلح سدا للفتنة.

وبعبارة: يندب الصلـح بين أهل الفضل وذوي الأرحام، قال عمر رضي الله عنه: رددوا الحكم بين ذوي الأرحـام حتى يـصلحا فـإن فصل القضـاء يورث الـضغائن وترافع رجلان مـن أهل العلم إلى سحنـون فأبى أن يـسمع منهما، وقـال لهما: استرا على أنفسكمـا ولا تطلعاني من أمركما على ما قد ستره عليكما. قال «دك»: ثم الأمر بالصلح فيما يتأتى فيه ذلك لا في نحو الطلاق.

● ص:

ولا يستند لعلمه إلا في عدالة وضدها.

● ش:

يعني: أن القاضي لا يـستند في حكمه في نازلـة لعلمه قبل المجلس بل لابد من

البينة أو الإقرار إلا في عدالة وضدها وهو الجرح بفتح الجيم فإنه يستند فيهما لعلمه فإذا علم عدالة شخص أو جرحه فإنه يعتمد على علمه في ذلك ولكن يقبل التجريح في من علم عدالته؛ لأن التجريح مقدم على التعديل وعلمه بالجرح أقوى من البينة المعدلة.

● ص:

كالشهرة وإقرار الخصم بذلك.

● ش:

تشبيه بالمستثنى في الاعتماد على علمه.

يعني: أن الشاهد إذا كان مشهورا بالعدالة أو بالجرح فإن القاضي يعتمد على تلك الشهرة ويحكم بمقتضاها إن لم تشهد بينة بخلافه أو يعلم القاضي منه خلاف ما اشتهر.

وبعبارة: إذا كان الشاهد مشهورا بالعدالة أو الجرح فإن القاضي يعتمد على تلك الشهرة ويستند في حكمه على ما اشتهر عنده في ذلك.

شهد المزني عند القاضي بكار فقال له: من أنت؟ فقال: المزني صاحب الشافعي، فقال القاضي: الاسم اسم عدل ومن يشهد أنك المزني؟ فقال: الحاضر هو المزني، فحكم بشهادته، فقال المزني: سترني القاضي ستره الله.

قال «خ»: بعد تقدير كلام الأصل بنحو ما قدمناه فقد شهد ابن أبي حازم عند قاضي المدينة فقال: أما الاسم فاسم عدل ولكن من يعرف إنك ابن أبي حازم؟ ثم قال بعد ذلك: وكذلك يستند القاضي لعلمه أيضًا في تأديب من أساء عليه بمجلسه أو على مفت أو شاهد أو على خصمه وكذلك في ضرب من تبين لدده أو كذب بين يديه. اهـ.

وكذا يعتمد القاضي في العدالة على إقرار الخصم المشهود عليه بعدالة الشاهد ولو علم القاضي خلاف ذلك؛ لأن إقرار الخصم بعدالة الشاهد كالإقرار بالحق فيحكم الحاكم بمقتضى شهادة الشاهد ولا يطلب منه تزكية سواء كان إقرار الخصم بعدالة الشاهد قبل أداء الشهادة أو بعدها ولا يقضي بهذا الشاهد على غير هذا

المشهود عليه إلا بتعديل.

● ص:

وأشهد على المقر فإن حكم بدونه لم يفده الإنكار بعده.

● ش:

قوله: (بدونه) أي: الإشهاد، والمفهوم من (أشهد).

وقوله: (بعده) أي: الحكم المفهوم من (حكم).

يعني: أن الخصم إذا أقر عند الحاكم بالحق المدعى به فإن الحاكم لا يحكم عليه إلا إذا أشهد على إقراره عدلين فإن وقع وحكم عليه بدون إشهاد مستندا لإقراره في مجلسه مضى الحكم فإذا أنكر الخصم بعد الحكم عليه لم يفده الإنكار بعده فلا ينقض الحكم لأجل إنكاره وأما إذا أنكر قبل الحكم ولم يكن أشهد عليه فلا يحكم لئلا يكون حكما بعلمه نعم يشهد عليه عند قاضي آخر. قاله «حش»، ومثله في «خ» و«دك».

● ص:

وإن شهدا بحكم أنكره أمضاه.

● ش:

يعني: أنه إذا شهد على القاضي عدلان بأنه حكم بكذا فأنكر القاضي صدوره منه وأولى إذا قال: نسيته فإنه يجب عليه إمضاء الحكم الذي شهدا به عليه عملا بشهادتهما سواء عزل ثم عاد أو لم يعزل.

● ص:

وإن قال: حكمت بشهادتكم فأنكروا رفع للسلطان.

● ش:

يعني: أن القاضي إذا قال للشهود: وشهدتم عندي بكذا وحكمت بشهادتكم فأنكروا الشهادة بما حكم به فإن القاضي يرفع الأمر للسلطان فيبتدئ النظر إن لم يعرف القاضي العدالة ولا يغرم الشهود؛ لأنهم أنكروا الشهادة فليس كالرجوع عن الشهادة الأولى فإن كان القاضي معروفا بالعدالة لم ينقض قضاؤه مطلقًا أنكر

الشهود أو ماتوا.

● ص:

وما حضر بالبلد لا يحكم إلا بشهادة على عينه وإلا فبوصف يميز به وإلا فبقيمته.

● ش:

قوله: (وإلا فبوصف... إلخ) مفهوم (حضر بالبلد) أي: وإلا يكن حاضرا بالبلد فبوصف... إلخ.

وقوله: (وإلا فبقيمته) مفهوم قوله: (فبوصف) أي: وإلا يمكن وصفه فبقيمته.

يعني: أن المدعي به إذا كان حاضرا ببلد الحكم فلا يحكم الحاكم به لأحد الخصمين إلا إذا شهدت البينة على عينه سواء تميز بالصفة أو لا لكن إن تيسر إحضاره بمجلس الحكم فلابد من إحضاره ربه كالحيوان والعروض وسائر المثليات وإن تعسر أو تعذر إحضاره به كالعقار فيكفي شهادة البينة على عينه هذا إذا كان حاضر بالبلد وإلا يكن حاضرا بالبلد بأن كان غائبا عنها ولو في غر ولاية الحاكم فلا يحكم به لمدعيه إلا بوصفه وصفا يتميز به كعبد وثوب ودار ونحو ذلك من سائر المقومات ولا يطلب حضوره مجلس الحكم فإذا وصفته البينة وصفا يتميز به حكم به لمن يستحقه بدون إحضار وصار حكمه حكم الدين الذي يحكم به بدون إحضار هذا إذا أمكن وصفه وإلا يمكن وصفه بأن كان لا يتميز بالصفة كالقطن والحرير والحديد فيحكم بقيمته التي تشهد بها البينة سواء كان من المقومات أو من المثليات فمتى شهدت البينة بقيمته حكم به لمن يستحقه شرعا فليس المراد أنه يحكم للمدعي بأخذ القيمة وإنما المراد إنها إذا شهدت البينة بأن قيمته كذا حكم به لمن يستحقه، فإن لم تشهد البينة بقيمته لم يحكم به لأحد حتى يحضر وتعاينه البينة وإنما اعتبرت القيمة في المثلي لجهل صفته فعلم مما تقرر أن الغائب عن بلد الحكم لا يطلب حضوره؛ لأنه إن أمكن وصفه قامت صفته مقام حضوره وإن لم يمكن وصفه قامت قيمته مكان وصفه والحاضر بالبلد لابد من الشهادة على عينه وإحضاره مجلس الحكم على ما مر.

● ص:

وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة القصر، سحنون: إن أتى الطالب بشبهة، وأطلق ابن أبي زمنين، ولا يجلب الزائد إلا بشاهد.

● ش:

قوله: (وجلب الخصم) أي: دعاه الحاكم بمجلس الحكم.

وقوله: (إن كان على مسافة القصر) شرط في جلب الخصم فإن زاد على مسافة القصر فحكمه ما أشار له بقوله: (ولا يجلب الزائد... إلخ).

يعني: أن الحاكم يجلب الخصم لمجلس الحكم بخاتم أو رسول أو ورقة أو إمارة يرسلها له مع الطالب ومحل جلب الخصم بما ذكر إن كان على مسافة القصر على الأرج في تغيير العدوي الذي عبر به الأصل وقيل هي التي يذهب إليها ويرجع لمنزله في يوم واحد وهي بفتح العين المهملة وسكوت الدال وفتح الواو.

وقال سحنون: لا يجلب الخصم الذي على مسافة القصر إلا إذا أتى الطالب بشبهة تصدق دعواه لئلا يقصد أعنات المطلوب بالباطل، وأطلق ابن أبي زمنين فلم يقتدي بما قيد به سحنون وهو إتيان الطالب بشبهة.

قال «خ»: وظاهر قوله: (وجلب... إلخ) سواء أتى الطالب بشبهة أو لا وهو كلام ابن أبي زمنين كما قال ابن عرفة، وجزم ابن عاصم تبعا لسنحنون بأن الحاكم لا يدفع طابعه ولا يدفع المطلوب إليه حتى يأتيه الطالب بشبهة لئلا يكون مدعيا باطلا ويريد تعين المطلوب فانظره. اهـ.

فإن زاد الخصم على مسافة القصر بمحل ولاية الحاكم فلا يجلب إلا بشاهد يقيمه الطالب فإن أقام شاهدا بالحق جلب له الحاكم الخصم قهرا إن شاء وإن شاء كتب له أما إن تحضر أو توكل أو ترضي خصمك.

● ص:

والدعوى بمحل المدعي عليه.

● ش:

يعني: أن الدعوى تكون بمحل الشخص المدعي عليه لا بمحل الشيء المدعب

به ولو عقارا على الأرجح فلا عبرة بقول الخصم لا تقيم الدعوى حتى تحضر محل الحادثة وهو محل المدعي به فللطالب إقامة الدعوى على خصمه حيث وجده وقيل أن الدعوى تكون بمحل المدعي به فيجاب المدعي عيه متوطنا بغير ولاية القاضي فدخل بلد القاضي فتعلق به خصمه وأما قاضي بلده فيحكم عليه وهو غائب على التفصيل السابق في أقسام الغيبة الثلاث وأما المتوطن ببلد القاضي إذا ادعى عليه بشيء غائب فهو داخل في قوله السابق: (وما حضر بالبلد لا يحكم إلا بشهادة على عينه... إلخ).

ومحل الخلاف أيضًا في غير الدين من عقار أو عرض أو حيوان وأما الدين فالدعوى به فقام في أي: مكان وجد فيه المدعى عليه اتفاقا.

تنبيه:

المرأة التي لا ولي لها إلا القاضي لا يزوجها بغير محل ولا بينة إذا لا ولاية له عليها في غير محل ولايته وإن كان أصلها من أهل ولايته مثلا إذا كانت امرأة مصرية بالشام ولا ولي لها إلا القاضي فلا يزوجها قاضي مصر إلا إذا دخلت محل ولايته فإن زوجها أي: تولى عقد نكاحها بغير ولايته جرى على التفصيل السابق في النكاح من كونها دنية أو شريفة طال أو لا دخل أو لا.

● ص:

ونازع عن الغائب المستأجر منه والمرتهن والمستعير والغاصب والضامن له.

● ش:

يعني: أن الغائب إذا ادعي عليه بشيء من ماله الحاضر فإنه ينازع عنه المستأجر منه لحقه فيما استأجره منه.

وكذا تنازع عنه زوجته؛ لأن لها حقا في مال زوجها.

وكذا ينازع عنه ولده؛ لأن له حقا في مال أبيه.

وكذا ينازع عنه المرتهن منه والمستعير منه لحقهما فيما لا يفاد عليه وللحق مع الضمان فيما يغاب عليه.

وكذا ينازع عنه الغاصب منه؛ لأنه ضامن لما غصبه.

فإذا ادعى إنسان الشيء المغصوب من الغائب فإنه ينازع عنه الغاصب لضمانه له على غيره لحق الضامن في ذلك فإذا أراد المدين السفر وخشي الضامن ضياع الحق فله منعه وكذلك ضامن الغائب له المنازعة عنه في ماله إذا ادعاه أحد خشية أن يغرمه رب الحق عن الغائب فلا يجد عنده وفاء بما غرمه عنه هكذا يظهر لي وحرره نقلا وكل من هؤلاء الأشخاص إنما ينازع عن الغائب في خصوص ما تعلق به من مال الغائب لا في مال الغائب مطلقًا فالمستأجر إنما ينازع في خصوص ما استأجره من مال الغائب والمرتهن والمستعير إنما ينازعان في خصوص الرهن والعارية.

وكذا الباقي إلا الزوجة والولد فلهما المنازعة في كل شيء من مال الغائب.

وكذا الأب والأم لهما المنازعة عن ولدهما الغائب في كل شيء من ماله؛ لأن لهما النفقة من ماله.

• ص:

وفي الأجنبي خلاف.

• ش:

يعني: أن الأجنبي الذي لم يوكله الغائب إذا أراد أن ينازعه حسبته لله تعالى ضياع حقه هل يمكن من المنازعة عن الغائب حفظا لمال الغير أو لا يمكن في ذلك خلاف، الأول لابن القاسم، والثاني لابن الماجشون، وأما الوكيل فله المنازعة عن الغائب بلا خلاف، والله أعلم بحقيقة الحال.

❊ ❊ ❊

باب [في الشهادات وما يتعلق بها]

وتطلق لغة على الإعلام وعلى الحضور نحو شهد زيد مجلس القوم وعلى العلم نحو: شهد الله أنه لا إله إلا هو وهي عرفا أخبار حاكم عن علم يقضي بمقتضاه كما في «دك».

وعرفها بعضهم بقوله: هي أخبار عدل حاكم بما علم ولو بأمر عام يحكم بمقتضاه فقد لا تتوقف على تقدم دعوى كإعلام العدول برويتهم الشهر فيحكم بثبوتها ويترتب على حكمه أمور كوجوب الصيام والوقوف بعرفة وتمام عدة أو كفارة أو تمام أجل دين ونحو ذلك فقولهم حكم الحاكم يتوقف على دعوى صحيحة أي: في المعاملات والخصومات كالدين والقذف والقتل والعتق والنسب والولاء وقد لا يتوقف كروي الهلال وشربه الخمر والزنى فإن البينة تكفي في ذلك وإن لم تتقدم دعوى من غيرها.

وعرفها ابن عرفة بقوله: الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه.

فقوله: يوجب على الحاكم... إلخ؛ يخرج به الراوية ولم يقل القاضي؛ لأن الحاكم أعم من القاضي لوجوده في التحكيم.

وقوله: إن عدل قائله؛ شرط في إيجاب الحكم ومعين عدل قائله ثبت عدالته بالبينة أو بعلم القاضي وخرج بذلك مجهول الحال أي: الذي لم تثبت عدالته.

وقوله: مع تعدد؛ إشارة الشهادة في غير الأموال.

وقوله: أو حلف طالبه؛ أي: مع شاهد واحد إشارة للشهادة في الأموال.

وترك «المص» تعريفها كالأصل وابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: ولا حاجة لتعريف حقيقتها؛ لأنها معلومة، واعترضه ابن عرفة بأنه مناف لقول القرافي: أقمت ثمان سنين لطلب الفرق بين الشهادة والرواية وأسأل الفضلاء عنه وتحقيق ماهية كل منهما فيقولون: الشهادة يشترط فيها التعدد

والذكورية والحرية، فأقول لهم: اشتراط ذلك فرع تصورها وتمييزها عن الرواية... إلى أن قال: حتى طالعت شرح البرهان للمازري فوجدته حقق المسألة فقال: هما خبران غير أن المخبر عنه إن كان عاما لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما الأعمال بالنيات»[1]، والشفعة فيما لا ينقسم لا يختص بشيء معين بل هو عام في كل الخلق والإعصار والأمصار، بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند ذا دينار إلزام لمعين لا يتعداه فهذا هو الشهادة والأول هو الرواية ووجه مناسبة شرط التعدد في الشهادة وبقية الشروط أن إلزام المعين يتوقع فيه عداوة باطنه لم يطلع عليها الحاكم فاحتاط الشارع لذلك فأشرط معه آخر وناسب شرط الذكورية؛ لأن إلزام المعين حكما غلبة وقهرا تافقة النفوس الآبية فهو من النساء أشد نكاية فخفف ذلك باشتراط الذكورية عن النفوس ولأنهن ناقصات العقل والدين واشترط الحرية؛ لأن الشهادة مرتبة عظيمة والعبد لنقصه بالرق ليس من أهلها. انتهى من الخَرَشي مع بعض زيادة من غيره.

واعلم أنهم اختلفوا في الشهادة فقيل هي خبركما تقدم بدليل وصفها بالصدق والكذب وقيل هي انتشار وصفها بالصدق والكذب لما تضمنته من الخبر.

يعني: أن قول الشاهد أشهد إنشاء كبت والمشهود به أخبار.

فإن قلنا: إنها إنشاء فالفرق بينها وبين الرواية ظاهر.

وإن قلنا: إنها خبر فهي خبر فيما يحصل فيه الترافع يحصل به فصل القضاء وبت الحكم بقصدا به إلزام أو تبرية؛ ولذا اشترط التعدد فيها وأما الفرق بينهما إبان الرواية تتعلق بالكليات والشهادة تتعلق بالجزئيات ففيه أن كثيرا من الروايات يتعلق بقضايا جزئية.

وهل يشترط لفظ أشهد بخصوصه في التأدية أو لا؟ الأظهر عدم الاشتراط أفاده «حش» فتأمله مع ما سبق للغزافي عن المازري.

فإن قلت: لم قدم القضاء على الشهادة مع أن المناسب تقديمها عليه بأن القضاء لا يكون إلا بعد الشهادة.

---

(١) أخرجه البخاري (١)، ومسلم (١٩٠٧).

يجاب: بأن القضاء وسيلة للشهادة وسبب لها فقدم عليها وأيضا فإن الشهادة من توابع القضاء مهماته والتابع مؤخر عن المتبوع والنكات لا تتزاحم.

ولما كانت الشهادة لا تصح إلا من العدل بينه بقوله:

• ص:

العدل حر مكلف رشيد.

• ش:

(أل) في العدل للحقيقة أي: حقيقة العدل عند الفقهاء من أتصف بهذه الأوصاف لا عند المحدثين؛ لأن العبد بوصف بالعدالة عندهم وليست آل للعهد الذكرئ أي: المتقدم ذكره في القضاء؛ لأنه وصف للقاضي وهذا وصف للشاهدين أن العدل الذي تصح شهادته من كان متصفا بهذه الأوصاف:

الأول: أن يكون حرا حال الأداء ولو معتقا لكن إن شهد لمعتقه فله شرط آخر وهو التبريز في العدالة. كما في «خ».

والمراد الحر ولو أنثى في بعض الأمور كالمال والولادة فلا تصح شهادة الرقيق أو من فيه شائبة رق ولو ذكرا أو إذا شهد شاهد بحق ثم استحق بعد شهادته برقية ففي التوضيح لا ترد شهادته؛ لأنه قد لا يعرف الحق غيره، بخلاف القاضي إذا استحق برقية فإنها ترد أحكامه؛ لأن للإمام عن توليته مندوحه كما في «حش» ولم يذكر «المص» وصف الإسلام؛ لأن العدالة تستلزمه فلا تصح شهادة الكافر ولو على مثله.

الثاني: أن يكون مكلفا؛ يعني: بالغا عاقلا ولو مكرها على الشهادة فإن عدم الإكراه لا يراد دخوله في المكلف غالبا إذا الغالب أن المكلف لا يراد به البالغ العاقل لا غر ومن غير الغالب يراد به الثلاثة أعني البلوغ والعقل وعدم الإكراه فقولنا ولو مكرها أدخلنا به المكره في المكلف فيعلم منه إنها تصح شهادة المكره وهو كذلك كما في «عب».

وفي «بن»: لا تقبل شهادة المكره؛ لأنه قد يؤدي خلاف ما يعلم، فالإكراه يمنع الثقة بشهادته. اهـ.

وقد يقال: العدالة تمنع من ذلك والإكراه على التحمل. أفاده «حش».

والمراد بـالبالغ: أن يكـون متصفا بـالبلوغ حـال الأداء ولو تحمل صبـيا إن كان ضابطا فلا تصح شهادة الصبيان إلا على بعضهم بشروط ستأتي.

والمراد بالعاقل: أن يكـون منصفا بالعقل حـال التحمل والأداء جميعا فلا تصح الشهادة من مجنون ولا معتوه حال التحمل أو الأداء لعدم ضبطه.

الثالث: أن يكون رشيدا فلا تصح شهادة السفيه؛ لأنه يخدع بالكلام.

وأشار للرابع من صفات العدل بقوله:

● ص:

ثبت عدم فسقه.

● ش:

جملـة ثبت صفة للعدل كالـصفات السابقة وإنمـا اشترط ثبوت عدم الفسق؛ لأن الغـالب في الإنسـان النقص فلا تصح شهـادة مجهول الـحال وأولى مـن ثبت فسقه بجـارحه كالـزاني والسـارق والشـارب أو باعـتقاد كـالقدري والخـارجي فلا تصح شهادته؛ لأنه فـاسق مبتـدع سواء تعمـد البدعـة أو جهل أو تؤل وإذا تـاب الفاسق وظهرت توبته قبلت شهادته ولو تحملها فاسقا.

ولمـا أوهم كلامه أن كل من تلبس بـملتهن عنه لا تقبل شهـادته وكان ذلك ليس على إطلاقه دفع هذا التوهم بقوله:

● ص:

واغتفر كذبة في كالسنة.

● ش:

كذبة بفتح الكاف على وزن جلبة بفتح الجيم؛ لأن المقصود به المرة من الكذب والتاء فيه للتأكيد الوحدة.

يعني: أنه يفتقر للعدل الكذبة الواحدة في كالسنة لعسر التحرز من ذلك وهذا إن لم يترتب عليها ضرر وفساد، أما إن ترتب عليها ذلك فلا تفتقر كالأكثر مطلقًا ترتب عليه فسادا ولا.

● ص:

وصغيرة غير خسة لم يدمنها كالنظرة والشطرنج.

● ش:

قوله: (وصغيرة) عطف على كذبة أي: واغتفر صغيرة غير خسة إذا لم يدمنها أي: لم يداوم عليها وذلك كالنظرة الواحدة لأجنبية في كالستة وكلعب الشطرنج فإن المشهور حرمته ولو بغير جعل إلا أنه من صغائر غير الخسة وقيل بكراهته وفي الحطاب قول بجوازه للشخص مع نظيره في خلوة لا مع الأوباش.

قال «الش»: وفي الغرر والدرر للوطواط: أنه معرب شش رنك ومعناه: ستة ألوان: الشاة والفرز والفيل والفرس والرخ والبيدق، فعلى هذا لا يقال: مشتق من المشاطرة بالمعجمة ولا من التسطير بالإهمال على ما في «بن». اهـ.

وقوله: (فعلى هذا... إلخ) معناه: أنه لا يقال فيه: أنه مشتق؛ لأن الاشتقاق من عوارض الكلمات العربية وهذا معرب لا عربي والغرر بضم المعجمة جمع غرة الصفة الكاملة والغرر بكسر المهملة الصفة الناقصة وهما اسم لكتاب تعرض لذلك فيذكر الكرم ثم البخل وهكذا، والوطواط لقب لمؤلفه وقول «المص» كالنظرة أدخل فيه بالكاف القبلة والخلوة فإن كلا منهما من كبار الخسة فلا تنطق في الشهادة وهما من الذنوب الصغائر إلا مع الإصرار من الكبائر.

وقوله: (لم يدمنها) أي: لم يداوم على صغيرة غير الخسة احترازًا مما إذا داوم عليها فإنها تضر في شهادته وإدامتها تكررها في السنة فإذا تكررت منه النظرة مثلا في السنة مرتين أو ثلاثا بطلت شهادته واحترز بصغيرة غير الخسة من صغيرة الخسة كسرق لقمة وتطفيف حبة فإنها تضر في شهادته ولم يدمنها كالكبيرة لدلالة ذلك على دناءة الهمة وقلة المروءة فصغارًا لخسة كالكبائر تبطل بها الشهادة مطلقًا أدمنها أو لا، وهل من الكبائر نسيان القرآن بعد حفظه؟ وبه أفتى الجيزي كما في السيد والبدر ونص عليه الرافعي من الشافعية وتبعه النووي.

وقال أبو شامة شيخ النووي وتلميذه ابن الصلاح: المراد نسيان العمل به، وبحث معه ابن حجر في الزواجر قال: لحديث الترمذي: «من نسي سورة من القرآن

أو آية لم أر ذنبًا أعظم منه».

وقال ابن رشد: إن كان ترك التكرار لاشتغاله بمعاش أو مندوب لم يأثم بالنسيان وإلا غثم وتأمل كلام ابن رشد فإن الواجب مقدم على المندوب والذي سمعناه من شيخنا مثله ما قال أبو شامة. قاله «الش».

والشطرنج بالشين المعجمة وبالمهملة مكسورة ومفتوحة وقيل الفتح من لحن العوام ومثل الشطرنج: السيجة والطاب والنرد والمنقلة، فكل ذلك من صغائر غير الخسة يضر في الشهادة من الإدمان فإن كان ما ذكر بقمار؛ أي: مغالبة يدفع مال كان من الكبائر؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وهو داخل في الفسق.

والحاصل: أن هذه الأشياء من المحرمات الصغائر إذا لم تكن بمال وإلا كانت من الكبائر.

ونص «خ» في النرد والشطرنج: ويشترط في الشاهد أن لا يلعب بالنرد ولو مرة واحدة وظاهره ولو لم يكن فيه قمار وهو كذلك ومثله الطاب وحكم اللعب بالنرد والحرمة، بخلاف الشطرنج فإنه مكروه كما صححه القرافي. ثم قال بعد ذلك:

فائدة:

والنرد قطع تكون من العاج أو من البقس ملونة يلعب بها ليس فيها لبس أي: اختلاط وإنما ترص في حال لعبها وأول من وضع الشطرنج كما اتفق عليه المؤرخون صنصة بن دار الهند وهو بكسر الصاد الأولى وفتح الثانية مع التشديد واسم الملك الذي وضع له سهرام بكسر السين. كذا قاله ابن خلكان.

وقال الصلاح الصفدي في شرح لامية العجم: إن اسمه بلهبيث بالثاء المثلثة في آخره وكان أزدا شير بن بابك أول ملوك الفرس قد وضع النرد ولذلك قيل له نرد شير نسبوه إلى واضعه، وجعله مثلا للدنيا وأهلها، وجعل الرقعة اثني عشر بيتا بعدد شهور السنة وقسمها على أربعة أقسام على عدد فصول السنة، وجعل القطع ثلاثين قطعة بعدد أيام الشهر بيضاء وسوداء كالأيام والليالي، وجعل الفصول مسدسة إشارة إلى أن الجهات ستة لا سابع لها، وجعلها فوق الفصوص وتحتها كيف وقعت سبع فقط عدد الأفلاك وعدد الأرض وعدد الكواكب السيارة:

الشمس والقمر والعطارد والمشتري والمريخ والزهري وزحل، وجعل ما تأتي الفصوص به من الأعداد في الكسرة والقلة لمن يضرب بها مثل القضاء والقدر وتقلبه في الدنيا، وجعل تصرف اللاعب في تلك الأعداد لاختياره وله فيه حسن التدبير كما يرزق الموفق شيئًا يسيرًا فيحسن التدبير فيه ويرزق الأحمق شيئًا كثيرا فلا يحسن التصرف فيه، فالنرد جامع لحكم القضاء والقدر وحسن التصرف في اختيار لاعبه والشطرنج مقدر لاختيار اللاعب وعقله وتصرفه الجيد أو الرديء.

وخامس صفات العدل ما أشار إليه بقوله:

● ص:

ذو مروءة.

● ش:

عين أنه يشترط في العدل أن يكون صاحب المروءة يدل على عدم المحافظة على الدين والمروءة بضم الميم وفتحها وهي كمال النفس بصوتها عما يوجب ذمها عرفا ولو مباحا في ظاهر الحال كالأكل بسوق لغير أهلها.

قال «خ»: قال ابن الحاجب: المروءة الارتفاع عن كل ما يرى إن من تخلق به لا يحافظ على دينه وإن لم يكن حراما كالإدمان على لعب الحرام والشطرنج وكالحرف الذميمة من دباغة وحجامة وحياكة أي: قزازة اختيار ممن لا يليق به ذلك وأما أهلها أو من اضطر فلا يقدح. اهـ من خط الناصر اللقاني وهي بهذا المعنى تتصف بها المرأة كالرجل.

وقد تفسر المروءة بكمال الرجولية كما قال الشيخ سعد الدين، وهي بهذا المعنى لا تشمل المرأة وإن كان يقال لها رجلة. تأمل. اهـ كلام «خ».

وبعبارة: المروءة هي الترفع والتنزه عن كلما لا يليق كاللعب بالحمام وسماع الغناء وكالدباغة والحياكة اختيارا وكذلك الحجامة. اهـ.

والحاصل: أن الدباغة والحياكة إنما يخلان بالمروءة إذا كانا اختيارا أي: لا لضرورة معاش وإلا لم يخلا بالمروءة كما لو كان المشتغل بهما من أهلهما وإن لم يضطر وقد تكون الحياكة في بعض البلاد من الحرف الشريفة وأما الخياطة فهي من

الحرف الرفيعة اتفاقًا كما أن الدباغة حرفة دنية اتفاقًا والحياكة تارة وتارة والحجامة كالدماغة واللعب بالحمام إن كان نغمار فهو من الكبائر ومثل الحمام غيره من الطيور كالعصافير التي يلعب بها والحيوانات التي يلعب بها كالكلاب والقرود وتيوس الغنم.

ومما يخل بالمروءة: السفاهة من القول كالهزل الخارج عن قانون الكمال من المجون والدعابة فإذا أكثر من الدعابة ولم يبال بما وقع منه من الهزل ردت شهادته.

ومما يخل بالمروءة الرقص والصفق بالأكف بلا موجب يقتضيه، وكذا سائر اللعب إلا ما استثناه الشارع كالمسابقة واللعب مع الزوجة والطفل الصغير.

ومما يخل بالمروءة: سماع الغناء المتكرر وهو مكروه إذا لم يكن قبيح القول ولا باله والإ حرم ولو في عرس وكامن الفسق.

قال «خ»: وسماع الغناء يرد الشهادة إذا كان بغير آلة وتكرر؛ لأن سماعه حينئذ مكروه فإنه يخل بالمروءة وأما بالآلة فحرام وترد به الشهادة بالمرة الواحدة ثم إن الغناء بالمد واكسر الصوت المتقطع أو الذي فيه ترنم أو الممتد وأما بالكسر والقصر فهو اليسار وأما بالفتح والقصر فهو النفع. اهـ. وأما بالضم فلحن.

● ص:

فإن تعذر فمن لا يعرف بالكذب، قيل، ويجبر بزيادة العدد.

● ش:

هذا استئناف بياني واقع في جواب سؤال مقدر نشأ من الكلام السابق فكأن قائلا قال له: قد ذكرت صفات العدل الذي لا يقبل في الشهادة إلا هو فإن تعذر من هو منصف بهذه الصفات فماذا يكون الحكم فأجاب بقوله: (فإن تعذر... إلخ).

يعني: أنه إذا تعذر العدل الموصوف بهذه الصفات السابقة كما في أزمنتنا هذه غالبا فإنها تقبل شهادة من لا يعرف بالكذب بزيادة العدد كما أفاده الشيخ العدوي.

وفي أبي الحسن على الرسالة في باب النكاح: أنه إذا تعذر العدل تستكثر الشهود كالثلاثين والأربعين.

ثم بالغ على قبول شهادة العدل الموصوف بم سبق فقال:

● ص:

وإن أصم أو أخرس كأعمى في قول كفعل عمله.

● ش:

يعني: أن العدل المذكور تقبل شهادته ولو كان أصم فاقد السمع غير أعمى فتقبل شهادته في الأفعال كالضرب والأكل والشرب والأخذ والعطاء وفي المشمومات والملموسات لا في الأقوال ما لم يكن سمعها قبل الصم فتقبل شهادته فيها.

وكذا تقبل شهادة العدل ولو كان أخرس وهو فاقد النطق فتقبل شهادته في الأقوال والأفعال كما هو ظاهر «المص» ويؤديها بالإشارة المفهمة والكتابة.

وكذا تجوز شهادة الأعمى غير الأصم في الأقول خلافًا لأبي حنيفة والشافعي كما تجوز شهادته في الفعل إذا عمله أما قبل العمى أو بعده بحس أو جس كما يأتي في الزنى.

وبعبارة: تجوز شهادة الأعمى في غير المبصر إن كالمسموعات والمشمومات والملبوسات والمطعومات وأما الأعمى الأصم فلا تقبل شهادته ولا تجوز معاملته كالمجنون وإنما يولى عليهما من يتولى أمرهما بالمصلحة.

قال «خ»: وأما الأعمى الأصم فلا يقبل ولا يتزوج وله أن يطأ زوجته إذا طرأ عليه ذلك ويعتمد على القرائن. اهـ.

ومن اجتمع فيه العمى والصم والخرس ولا تقبل شهادته ولا معاملته بالأولى من الأعمى الأصم.

● ص:

ومن تحمل غير عدل قبل إن ادعى عدلا في غير نكاح وصك.

● ش:

يعني: أن من تحمل الشهادة وهو غير عدل كعبد وصبي وفاسق... إلخ، قبلت شهادته إن أداها وهو عدل بأن عتق أو بلغ أو تاب... إلخ، إلا في النكاح والصك أي: الوثيقة فلابد من العدالة عند شهادة العقد وكتابة الوثيقة.

ولما ذكر شروط الشهادة شرع في موانعها وهي جمع مانع وهو اسم فاعل من منع الشيء إذا حال بينه وبين مقصوده والموانع المذكورة تحلو بين الشهادة ومقصودها فإن المقصود من الشهادة قبولها والحكم بها فقال:

● ص:

لا مغفل إلا في الواضح.

● ش:

يعني: أنها تجوز شهادة الفطن لا المغفل فلا تجوز شهادته إلا في الأمر الواضح الذي لا يلبس على أحد لكونه من البديهيات فتقبل شهادته.

قال ابن عبد الحكم: قد يكون الرجل الخير الفاضل ضعيفا لا يؤمن عليه لفعلته أي: يلبس عليه لا تقبل شهادته إلا أن يكون الأمر المشهود فيه جليا واضحا بينا لا يلبس على أحد كقوله رأيت هذا يقطع يد هذا ونحو ذلك فإن شهادة المغفل تقبل في مثل ذلك وأما البعيد فلا تصح شهادته مطلقًا والفرق بين المغفل والبليد أن المغفل له ملكة أي: قوة مبهمة لكن لا يستعملها والبليد ليس له ملكة أصلا. اهـ «خ».

وقولنا: (لا يلبس) بفتح التحتية وكسر الباء الموحدة وماضيه بفتحها أي: لا يختلط ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَلَبَسْنَا عَلَيْهِم مَّا يَلْبِسُونَ﴾ [الأنعام:٩]. وأما لبس الثوب فبالعكس.

● ص:

أو متأكد القرب كلزوجة أبيه وإن ملاعنا ولابن الزوج.

● ش:

عطف على (مغفل)، وقوله: (ولابن زوج) جار ومجرور عطف على الجار والمجرور قبله وهو مدخول الكاف أي: كشهادته لزوجة أبيه وشهادته لابن زوج والمراد بالزوج ما يشمل الزوج والزوجة فلا يشهد الزوج لابن زوجته ولا تشهد الزوجة لابن زوجها.

يعني: أنها لا تجوز شهادة متأكد القرب لقريبه المشهود له لإتهامه على جر النفع لقريبه كشهادة الولد لزوجة أبيه ولو كان الأب ملاعنا في هذا الولد الشاهد؛

لأنه يرجو استلحاقه وأولى لا يشهد لأبيه الملاعن فيه.

وكذا لا تشهد زوجة الأب لابن زوجها ولا يشهد الزوج لابن زوجته كما مر.

قال «دك»: فزوجة الأب لا تشهد لربيبها وزوج الأم لا يشهد لربيبه وإن سفل، وما مثل به «المص» تمثيل بالأخفى، فأولى نحو الوالد والولد والزوج والزوجة.

والحاصل: أن الوالد وإن علا كالأب والجد وجد الجد لا يشهد لولده وإن سفل فلا يشهد الوالد لود ابنه وإن سفل ولا لولد بنته وإن سفلت والولد وإن سفل ابن الابن أو البنت لا يشهد لوالده من ابن أو جد أو أم أو جده وإن علا ولا يشهد الولد لزوجة أبيه ولا لزوج أمه ولا يشهد الوالد لزوجة ابنه ولا لزوج بنته ولا يشهد الزوج لزوجته ولا لابنها ولا لأبيها ولا لأمها ولا الزوجة لزوجها ولا لابنه وأبويه فالقرب الأكيد هو الذي يمنع الشهادة لا مطلق القرب كما يشير لذلك قوله:

● ص:

وصح لابن زوج البنت.

● ش:

يعني: أن شهادة الرجل لابن زوج بنته صحيحة لعدم تأكد القرب، وكذا يجوز للمرأة أن تشهد لابن زوج بنتها لما ذكر، بخلاف شهادتهما لابن بنتهما فلا تجوز كما مر، وتجوز شهادة المشرف لمن هو مشرف عليه، بخلاف الوصي لمن أوصى عليه والمشرف هو الشخص الذي يجعله الواقف مثلا أمينا على المتولي لصرف وقفه.

● ص:

كالأخ والصديق والأجير والمولى الأسفل ومفاوض في غير المفاوضة إن لم يكن في عيال المشهود له وبرز في العدالة.

● ش:

تشبيه في صحة الشهادة وبرز بفتح الباء كما في «الش» والشرط وهو قوله: (إن لم يكن... إلخ) راجع لما بعد الكاف كما في «الش» أيضًا فلا تجوز شهادة واحد هؤلاء إلا إذا برز في العدالة أي: فاق أقرانه فيها ولم يكن في عيال للمشهود له والصديق الملاطف هو الذي أيسره ما يسرك ويضره ما يضرك.

والمعنى: أن الأخ نصح شهادته لأخيه بهذين الشرطين ولو في جراح العمد على الراجح سواء كان يكتسب شرفا أو جاها بشهادته لأخيه لا دفع عن نفسه معرة بشهادته له أم لا على المعتمد وقيل لا يشهد له في جراح العمد وإنما يشهد له في الأموال وفي الجراح التي فيها مال وهو ضعيف.

وكذا تجوز شهادة الصديق الملاطف لصديقة إن لم يكن في عياله وبرز في العدالة أما إذا كان في عياله فلا تقبل شهادته له برز أو لا، وكذا إذا لم يبرز كان في عياله أو لا، وكذا تقول في الجميع.

وكذا تجوز شهادة الأجير لمن استأجره بالشرطين المذكورين.

وكذا تجوز شهادة المولى الأسفل لمن أعتقه بالشرطين، بخلاف العكس فجائز بغير شرط التبريز. كما في «خ».

وكذا تجوز شهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة أما شهادته له في مال المفاوضة فترد ولو برز في العدالة والعنان ليس كالمفاوضة كما حققه الرماصي أي: فلا يشترط فيها التبريز فإن شهد شريك العنان لشريكه في غير مال الشركة فلا يشترط فيه التبريز.

وفي «خ»: أنه يشترط فيه التبريز في العدالة وأما الشريك الخاص في شيء معين إذا شهد لشريكه في غير ما يتعلق بالشركة فلا يشترط فيه التبريز في العدالة.

وقال بعضهم: إن الشركة مطلقًا يشترط فيها التبريز.

تنبيه:

هل يعدل الأخ أخاه أي: يشهد فيه بالعدالة بالشرطين السابقين وهو ظاهر «المص» فيما يأتي وهو المشهور وقيل لا يعدل أخاه؛ لأنه يشرف بتعديله.

● ص:

كالزائد والناقص بعد الأداء والذاكر بعد النسيان.

● ش:

هذا تشبيه في اشتراط التبريز.

يعني: أن الشاهد الزائد شيئًا أو الناقص شيئًا بعد أداء الشهادة لا تبطل شهادته

بذلك وتقبل منه الزيادة والنقص بعد الأداء إن برز في العدالة فإذا شهد أولًا بعشرة ثم قال: أحد عشر، فإنه يقبل منه ذلك سواء حكم بما شهد به ابتدأ أو لا وإذا شهد أو لا بعشرين، ثم قال: عشرة فإنه يقبل منه ذلك إن برز، فإن لم يبرز في العدالة بطلت شهادته كلها.

وقال ابن مرزوق: إذا شهد بنقص بعد الحكم كان بمنزلة رجوعه فيغرم الشاهد ولا ينقض الحاكم هذا إذا زاد ونقص عما شهد به أو لا وأما لو شهد ابتدأ بأزيد مما ادعاه المدعي أو بالنقص منه فإنه يقبل منه وإن لم يكن مبرزا وإن كان المدعي لا يقضي له بالزائد لعدم ادعائه له.

وكذا تقبل شهادة الذاكر بعد النسيان إن برز في العدالة فإذا طلبت منه الشهادة فقال: لا أدري أو لا علم عندي، ثم قال: تذكرت فإنه يقبل منه ذك إن برز سواء كان المتذكر صحيحا أو مريضا وما في النقل من تقييده بالمريض ففرض مسألة والفرق بين الذاكر بعد النسيان وبين الزائد والناقص أن المتذكر بعد النسيان لم يجز بشيء حين طلب الشهادة منه، بخلاف الزائد والناقص فإنه جزم بما شهد به أو لا ثم تذكر فزاد أو نقص.

● ص:

وشهادة الأب مع ابنه اثنان.

● ش:

يعني: أن شهادة الأب مع أبنه في قضية عند الحكم شهادتان وقول الأصل واحدة ضعيف كما في «الش» وشهادة الأب مبتدأ ومضاف إليه واثنان خبر المبتدأ.

فإن قلت: أن الخبر غير مطابق للمبتدأ؛ لأن المبتدأ مفرد مؤنث والخبر مثنى مذكر فكان الأولى أن يقول وشهادتا الأب وابنه اثنتان أو يقول والابن وابنه في الشهادة اثنان.

قلنا: لا نسلم ذلك بل الخبر مطابق للمبتدأ فيما ذكرت أما من جهة الأفراد والتثنية فإن المبتدأ مثنى في المعنى وليس مفرد كما ذكرت؛ لأن قوله: (مع ابنه) على حذف مضاف أي: مع شهادة ابنه فالمعنى وشهادة الأب مع شهادة ابنه اثنتان

لا واحدة، كما قال الأصل، وأما من جهة التذكير والتأنيث فالمبتدأ مؤنث إلا أنه اكتسب التذكير من المضاف إليه وهو الأب على حد قول الشاعر إنارة العقل مكسوف بطوع هوي وعقل عاصي الهوي يزداد تنويرا فقال: مكسوف، ولم يقل: مكسوفة بالتأنيث، فكذلك هنا لما اكتسب المبتدأ المؤنث التذكير من المضاف إليه أخبر عنه بمثنى المذكر فقال: اثنان، ولم يقل: اثنتان بمثنى المؤنث، والحامل له على ارتكاب مثل ذلك حب الاختصار كما هو عادته: ونفعنا به.

● **ص:**

وصح شهادة أحدهما على خط الآخر لا على شهادته أو حكمه أو عنده.

● **ش:**

يعني: أن الأب وابنه تصح شهادة أحدهما على خط الآخر كما في مُحَشِّي الخَرَشي وغيره، وقيل: لا تصح شهادة الفرع على خط أبيه والعكس؛ لأنها في معنى التزكية له، ولا تصح شهادة أحدهما على شهادة الآخر ولا على حكمه لما فيه من تزكية؛ ولذا لا يعدل أحدهما الآخر، وكذا لا تصح شهادة أحدهما عند الآخر إذا كان حاكما؛ لأنه يتهم في قبولها منه؛ لأن الحاكم لا يرد شهادة أبيه أو ولده، وسيأتي أنه يجوز شهادة الولد لأحد أبويه على الآخران لم يظهر ميل للمشهود له كما يجوز للوالد أن يشهد لأحد ولديه على الآخران لم يظهر ميل للمشهود له.

● **ص:**

ولا يصح تعديل من لا يشهد له ولا سمسار أو خاطب تولى العقد أو شهد على الثمن إن روج سمسرته.

● **ش:**

يعني: أنه لا يصح أن يعدل الشخص من لا تجوز شهادته له فلا يعدل الأصل فرعه ولا الفرع أصله ولا أحد الزوجين الآخر ولا الأخ الغير المبرز أخاه.

وكذا لا تصح شهادة السمسار على ثمن السلعة التي سمسر عليها أو على وقوع العقد عليها.

وكذا لا تصح شهادة الخاطب لغيره على كثرة الصداق وقلته أو على حصول

العقد فمن خطب للزوج أو الزوجة لا تصح شهادته لأحدهما على الآخر في قدر الصداق ومحل عدم صحة شهادة السمسار والخاطب أن تولى كل منهما العقد بأن تولى السمسار العقد على السلعة والخاطب العقد على الزوجة؛ لأنها حينئذ شهادة على فعل النفس وهي باطلة، فإن لم يتول الخاطب العقد صحت شهادته وإن لم يتول السمسار العقد وشهد على قدر الثمن فكذلك لا تصح شهادته أن روج سمسرته بأن زادت بزيادة الثمن أما إذا كانت سمسرته لا تختلف بنقله الثمن وكثرته جازت شهادته كما تجوز شهادته على العقد والموضوع أنه لم يتوله أو على الثمن عطف على محذوف أي: أو لم يتول العقد وشهد على الثمن إن روج سمسرته.

والحاصل: أن الخاطب إذا تولى العقد لا تجوز شهادته وإلا جازت والسمساران تولى العقد فكذلك لا تجوز شهادته على العقد ولا على الثمن زادت سمسرته بزيادة الثمن أو لا، وإن لم يتول العقد فإن شهد على قدر الثمن فلا تجوز شهادته إن زوج سمسرته بأن كانت تزيد بزيادة الثمن، فإن لم يروجها جازت شهادته على الثمن وإن شهد على العقد جازت والموضوع أنه لم يتول، كما قال «الش»، فلا يقال إنها شهادة على فعل النفس.

• ص:

وصح محتاج للتزكية وإن بدماء.

• ش:

يعني: أن الشاهد المحتاج للتزكية تصح شهادته ولو في الدماء خلافًا لأحمد بن عبد الملك في قوله: إن الشهادة في الدماء لا تقبل إلا ممن لا يحتاج لتزكيته وهو المبرز الفائق على إقرانه لشدة خطرها.

• ص:

وهي واجبة في المجهول وانما يقبل مبرز عرفه القاضي وجاز بواسطة في الغريب والنساء.

• ش:

يعني: أن التزكية واجبة في الشاهد المجهول الحال فلا تقبل شهادة المجهول إلا

بالتزكية وإنما يقبل في تزكية شاهد عدل مبرز في العدالة لا مطلق عدل وإلا لإيضاح لمن يعدله وتسلسل ويشترط في المزكي أن يعرفه القاضي بمزيد العدالة بلا واسطة في غير الشاهد الغريب والنساء وجاز أن يعرفه القاضي بمزيد العدالة بالواسطة في شهادة الغريب والنساء.

ولابن عاشر كما في «بن»:

تَعْدِيلُ احْتَاجَ لِتَعْدِيلٍ هَبَا إِلَّا عَـدَالَةَ النِّسَا وَالْغُرَبَا

وقوله: (هبا) بالباء الموحدة مقصور لضرورة النظم؛ أي: أن التعديل إذا احتاج لتعديل آخر كان هباء منثورا باطلا لا يفيد أي: أن المعدل إذا احتاج لمن يعدله فتعديله باطل إلا معدل الشاهد الغريب والنساء فلا يضر احتياجه للتعديل فالغريب والنساء إذا شهدا بحق واحتاجا للتزكية فلا يشترط أن يكون مزكيهما معروفا عند القاضي بلا واسطة بل يجوز أن يزكي مزكيهما من هو معروف عند القاضي بمزيد العدالة.

وبعبارة: لابد أن يكون المزكي معروف بالعدالة عند القاضي إلا أن يكون الشاهد غريبا فإنه لا يشترط أن يزكيه ابتدأ معروف عند القاضي لكن لابد أن يزكي مزكيه عند القاضي بالعدالة فـ«المص» وفيه للقاضي لابد منها لكن أن كان غير غريب فبلا واسطة وإن كان غريبا فبواسطة ومثل الغريب النساء لقلة خبرة الرجال بهن ومعرفتهم بهن.

والحاصل: أن معرفة القاضي بعدالة المزكي لابد منها لكن إن كان الشاهد غير غريب وغير امرأة فلابد من معرفة القاضي لمزكيه بلا واسطة وإن كان الشاهد غريبا أو امرأة فيجوز معرفة القاضي لمزكيه بالواسطة بأن يزكي ذلك المزكي من هو معروف عند القاضي بمزيد العدالة وإنما جعلت النساء كالغرباء لقلة خبرة الرجال بهن.

فعلم مما قررنا أن النساء إنما شهدت بالحق فقط كالغرباء لا أنهن وقفت منهن تزكية للشاهد؛ لأن النساء لا تقبل تزكيتهن لا لرجال ولا لنساء لا فيما لا تجوز شهادتهن فيه ولا في غيره.

● **ص:**

باشهد بأنه عدل رضى.

● **ش:**

هذا شروع منه: في صفة التزكية، وقوله: (أشهد) اختلف فيه هل يشترط تعيين تلك المادة أي: مادة أشهدا ولا بل يجري غيرها أو حذفها والاقتصار على عدل رضي والراجح عدم اشتراطه. قال «الش»: في تعيين هذه المادة خلاف الراجح عدمه أي: عدم التعيين. وقوله: (عدل رضى) جمع بينهما إشارة أن المطلوب ذكرهما معًا فإن اقتصر على أحدهما فخلاف في «بن».

والمعنى: أن صفة التزكية أن يقول المزكي: أشهد أنه عدل رضي؛ لأن العدالة تشعر بالسادسة في الدين والرضى يشعر بالسلامة من البلد والعقلة، قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢]، وقال تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢].

وبعبارة: إنما تكون التزكية بهذا القول المشتمل على الألفاظ الثلاثة فلا يكفي هو عدل... إلخ، ولا أشهد أنه رجل صالح أو لا بأس به لكن الراجح أنه إن حذف لفظ أشهد واقتصر على ما بعده كفى ولابد من الجمع بين عدل رضي؛ لأن الصالح قد يكون مغفلا أو منصفا بمانع، وكذا عالم وفاضل ومعتقد بين الناس، بخلاف عدل رضي فإنه معناه منصف بشروط العدالة مرضي في الأداء لا غفلة عنده ولا بله ولا مساحة فالأول يرجع لسلامة الدين والثاني يرجع للسلامة من موانع الشهادة.

تنبيه:

يشترط في المزكي أن يكون فطنا عارفا بحال الشاهد لا يخدع بأحواله الظاهرة التي يلبس بها على الناس ومن وجوه التدليس.

● **ص:**

واعتمد على طول عشرة أو سماع فشى.

● **ش:**

يعني: أن المزكي يعتمد في التزكية على طول عشرته مع الشاهد ومخالطته سفرا

وحضرا ومعاطاة إذ بذلك ينكشف حال المرء ظاهرا وباطنا.

وكذا يعتمد أيضًا على سماع فشي من الثقات وغيرهم كما يأتي في شهادة السماع فيقول المزكي: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنه عدل رضي، وأما السماع الغير الفاشي كسمعنا من من فلان وفلان أنه عدل رضي فلا يجزئ الاعتماد عليه في التزكية.

● ص:

من سوقه أو محلته إن أمكن.

● ش:

الجار متعلق بمحذوف صفة لمبرز؛ أي: وإنما يقبل في التزكية مبرز كائن من سوق المزكَىٰ بالفتح، أو من محلته، وهي منزلة القوم، وليس متعلقا بسماع السابق.

يعني: أنه يشترط في المزكي أن يكون من أهل سوق الشاهد أو من أهل محلته لا من غيرهم لما في تزكية الغير مع تركها من أهل سوقه ومحلته من الريبة وهذا إن أمكن تزكيته منهم أما إن لم يمكن ذلك بأن لم يكن فيهم عدول مبرزون أو قام بهم مانع فإنه يزكيه غيرهم.

● ص:

وتعينت التزكية أو ضدها على من إذا ترك ضاع الحق.

● ش:

قوله: (وتعينت) أي: التزكية وضدها هو الجرح أي: تجريح الشاهد.

يعني: أن التزكية تتعين على من إذا تركها ضاع الحق المشهود به بتركها، وكذا ضدها وهو الجرح يتعين الحق بتركه على من إذا تركه ضاع الحق بتركه.

والحاصل: أن الأصل في التزكية إنها فرض كفاية على العاملين بالعدالة في الشاهد وتتعين على من إذا تركها ضاع الحق ومثلها الجرح فمن علم جرحه شاهد وأنه إن لم يجرحه بطل الحق بسبب تلك الشهادة فإنه يجب عليه أن يجرحه حتى لا يضيع الحق على صاحبه.

● ص:

وندب تزكية سر معها وكلاهما متعدد.

● ش:

ضمير معها يرجع للتزكية المتقدمة وهي تزكية العلانية.

يعني: أنه يجب يندب للقاضي الجمع بين تزكية السر والعلانية فإن اقتصر على السر أجزأه قطعا كالعلانية على الراجح ويكون كل من مزكي السر والعلانية متعدد ولم يتعرض «المص» لحكم التعدد فيهما وذكر بعضهم أنه واجب في تزكية العلانية فلا يكفي فيها الواحد، بخلاف تزكية السر فيكفي فيها الواحد ولو أراد الاقتصار عليها ويندب فيها التعدد واعتمد بعضهم أن تزكية السر إذا انفردت يجب فيها التعدد والتبريز.

وحاصل كلامهم: أن العلانية يجب فيها التعدد في المزكي بالكسر كالسر إذا انفردت. ونص عبارة «خ» على قول الأصل: (من متعدد).

يعني: أن التزكية مطلقًا لابد فيها من التعدد فيتوقف حصول الندب في تزكية السر على التعدد كما أن حصول وجوب تزكية العلانية فيتوقف على التعدد. اهـ.

● ص:

وقبل تعديل من لم يعرف الاسم ولم يذكر السبب، بخلاف الجرح.

● ش:

يعني: أنه يقبل تعديل المزكي ولو لم يعرف الاسم المزكي بالفتح ولا الكنية المشهور بها؛ لأن مدارها على معرفة ذاته وأحواله، وكذا تقبل التزكية من المزكي ولو لم يذكر سبب التعديل؛ لأن أسبابه كثيرة، بخلاف الجرح بالفتح فلابد فيه من ذكر سببه لاختلاف العلماء فيه فربما اعتمد فيه على ما لا يقتضيه شرعا كالبدل قائما وعدم ترجيح الميزان.

وبعبارة: يجوز للرجل أن يعدل آخر وإن لم يعرف اسمه ولم يذكر سبب عدالته، بخلاف من يجرح شاهدا فلابد فيه من تعيين سبب الجرح أن ربما اعتمد على ما لا يقتضيه شرعا كما وقع لبعضهم أنه جرح شاهدا فسأل عن سببه، فقال: رأيته يبيع ولا

يرجح الميزان، وعبارة «المص» مع «الش»، بخلاف الجرح فلابد من ذكر سببه ويلفق كما في «بن». اهـ.

فقوله: (ويلفق) معناه أنه إذا ذكر المجرح أسبابا كثيرة كل منها بمفرده لا يقتضي الجرح وبانضمامه لغيره يقتضيه فإنه تلفق الأسباب ليتم التجريح ويحتمل أن أحد المجرحين ذكر سببا واحد اللجرح كالزنى ولم يذكر غيره وذكر الآخر سببا آخر كالسرقة فإنه يضم هذا الشاهد للآخر ويثبت الجرح وهذا هو الأظهر وإذا شهد اثنان بتجريح شخص وشهد آخران بتعديله فإن شاهد الجرح يقدم على شاهد التعديل؛ لأن المعدل إنما يحكي عن ظاهر الحال والمجرح عن باطنه وأيضا المجرح متمسك بالأصل إذ الأصل في الناس الجرح خلافًا لبعضهم بل العدل في زماننا هذا نادر جدا وإلى هذا أشار بقوله:

● ص:

وهو مقدم.

● ش:

قوله: (وهو) أي: الجرح بمعنى ببنية أي: أن بنية الجرح مقدمة على بنية التعديل وقيد ذلك بما إذا لم يكن المزكي أكثر أو أعدل، وفي «بن»: الإطلاق أي: بينه الجرح بدون ذلك الإطلاق عن التقييد بهذا القيد فتقدم عنده.

● ص:

واحتاج لتزكية أن شهد ثانية فإن اكتفى بالأول مضى إن لم يبعد.

● ش:

يعني: أن من شهد شهادة وزكى فيها ثم شهد شهادة ثانية عن قرب أو بعد فإنه يحتاج إلى تزكية ثانية في الشهادة الثانية على الأرجح إلا أن يشتهر بالتزكية.

قال سحنون: لابد من تزكية كلما شهد حتى ثبت عدالته وتشتهر تزكيته.

وقال أشهب: يكتفي بالتزكية الأولى.

قال ابن عرفة: والعمل عندنا قديما وحديثا على قول سحنون ولو شهد في يوم تزكيته. اهـ. أي: لأن العيب قد يحدث فإن اكتفي الحاكم في المرة الثانية بالتعديل

الأول مضى ذلك إن لم يبعد من التزكية الأولى للثانية مراعاة للخلاف السابق فإن بعدما بين التزكيتين لم يمض؛ لأن البعد مظنة حدوث العيب والخلاف المتقدم في من جهل حاله ووجد من يعدله ثانيا أما المعروف بالخير والصلاح لم يحتج لتزكية ثانية كما كثر معدلوه وإن لم يوجد من يعدل اكتفي بالأولى جزما؛ لأن طلب التزكية ثانيا إنما هو استحسان والقياس الاكتفاء بالتزكية الأولى ما لم يتهم بأمر حدث. كما قاله ابن رشد.

• ص:

وصحت بين أبويه وولديه إن لم يظهر ميل.

• ش:

يعني: أنها تصح شهادة الولد ذكرا أو أنثى بين أبويه بأن يشهد لأحدهما على الآخر، وكذا تصح شهادة الوالد من أب أو أم بين ولديه بأن يشهد لأحدهما على الآخر، ومحل الجواز في المسألتين إن لم يظهر من الشاهد ميل للمشهود له عن المشهود عليه فإن ظهر ميل منعت كما إذا شهد للصغير على الكبير أو للبار على العاق.

قال مالك: وتجوز شهادة الولد على أبيه بطلاق أمه إن كانت منكرة واختلف إذا كانت هي القائمة بذلك فمنعها أشهب وأجازها ابن القاسم وإن شهد بطلاق غير أمه لم يجز إن كانت أمه في عصمة أبيه لا إن كانت ميتة ولو شهد لأبيه على جده أو لولده على ولد ولده لا تبغي أن لا يجوز قولا واحدا ولو كان على العكس لا انبغي أن يجوز قولا واحدا والمعتبر في هذا كله قوة التهمة. اهـ من «خ».

وقوله: (إن كانت منكرة) أي: والزوج أيضا منكر ويقع ذلك فيما إذا كان مدعي الطلاق عليهما غير الشاهد؛ لأنه لا يصح أن يكون الشخص مدعيا شاهدا.

• ص:

لا مع عداوة دنيا.

• ش:

أي: أن الشهادة لا تصح مع عداوة دنيوية بين الشاهد والمشهود عليه فلا تقبل

شهادة عدو على عدوه ولا على أبيه وأمه ولا بأس بالشهادة على صغير أو سفيه في حجر عدوه وأما العداوة الدينية فلا تضر في الشهادة لصحة شهادة المسلم على الكافر إذا لم يكن بينهما عداوة دنيوية.

ولما ذكر أن العداوات بين الشاهد والمشهود عليه تمنع القبول تكلم على ما إذا كانت وأصله إليه بسرائه متبها على منعها مشيرا للخلاف في ذلك بقوله:

● ص:

وإن على ابنه.

● ش:

يعني: أن الشهادة لا تصح من العدو على عدوه بل ولا على ابن العدو كما لا يشهد ابن على عدو أبيه.

وبعبارة: لا تقبل الشهادة مع العداوة الدنيوية ولا على ابن العدو ولو كان الشاهد في العدالة مثل عبد الرحمن بن شريح المعافري وسليمان ابن القاسم أحد شيوخ عبد الرحمن ابن القاسم وأشار بالمبالغة لرد قول محمد بالجواز ومحل الخلاف حيث لم تلحق الأب معوة وإلا فلا تقبل اتفاقًا. ذكره «خ».

● ص:

أو كافر.

● ش:

في حيز المبالغة؛ يعني: أنها لا تضع شهادة العدو على عدوه ولو من مسلم على كافر بينه وبينه عداوة دنيا وأما عداوة الدين فلا تضر كما مر؛ لأنها عامة والمضر هو العداوة الخاصة وهي عداوة الدنيا وأما شهادة الكافر فلا تجوز مطلقًا ولو على كافر غير عدو له.

تنبيه:

إذا شهد العدل على عدوه عند القاضي فإنه يجب عليه بعد أداء الشهادة أن يخبر القاضي بالعداوة ليسلم من التدليس وقيل لا يخبره بها وصحيحه ابن رشد ومثل العداوة القرابة ذكره الأصل وشراحه وحذفه «المص» للخلاف فيه، والله أعلم.

● ص:

واعتمد على القرينة في قوله قبل الحكم: تتهمني، فإن أشكل فشكاية.

● ش:

يعني: أن الشاهد إذا قال للمشهور عليه بعد الشهادة وقبل الحكم: تتهمني في شهادتي عليك أو تشبهني بالمجانين ونحو ذلك، فإنه يعتمد الحاكم في ذلك على القرينة التي تظهر من حال الشاهد فإن دلت القرينة على أنه قال ذلك على سبيل المخاصمة بأن يكون كلامه مفيدا لكون شهادته إنما هي لأجل ما قتل فيه فإن شهادته لا تقبل لظهور العداوة بما قال وهي مانعة ولو ظهرت بعد الأداء وإن دلت القرينة على أنه قال ذلك على وجه الشكاية للناس بما صدر منه كان يقول انظر وأما فعل معي وما قال في حقي وما كنت أظن أن يفعل معي ذلك فإن قوله ذلك لا يقدح في شهادته وإن أشكل الأمر بأن لم توجد قرينة تدل على الخصام أو على الشكاية فيحمل أن قوله ذلك شكاية عتب لا خصام عداوة فلا يقدح في الشهادة.

● ص:

وفي ضر الزوجين والإعسار.

● ش:

الجار والمجرور معطوف على الجار والمجرور السابق المتعلق باعتمد وهو قوله في (قوله قبل الحكم) أي: واعتمد الشاهد في خرس أحد الزوجين للآخر وفي إعسار مدين أو زوج على القرائن المفيدة لغلبة الظن.

والمعنى: أن من أراد أن يشهد على ضرر أحد الزوجين للآخر أو على إعسار مدين أو زوج أو نحو ذلك فإنه يعتمد في شهادته بالضرر على ما يراه في صحبة الزوجين مع قرائن الأحوال وفي شهادته بالإعسار على الصحبة الطويلة وقرائن الصبر على الضر الذي يلحق المدين كالجوع والعري ونحو ذلك مما يفيد أنه لو كان عنده مال ما صبر على ذلك فإذا حصل له غلبة ظن من طول الصحبة وقرائن الأحوال اعتمد على ذلك وشهد بالضرر أو بالعسر ويؤدي الشهادة على البت نظير قولهم واعتمد على البات على ظن قوي وقيل يجوز تأديتها بالتصريح بالظن القوي

أيضًا كما في «حش» فعلم كما أمر أن المدار على غبة الظن الحاصلة في طول الصحبة مع القرائن المذكورة ولا يشترط العلم.

● ص:

وإن ردت لمانع ثم أديت بعده ردت لتهمة دفع العار.

● ش:

يعني: أن من ردت شهادته لمانع ككفر وصبا ورث وفسق ثم زال ذلك المانع كان أسلم أو بلغ أو عتق أو تاب فأداها بعد زواله فإنها ترد شهادته لتهمة دفع العار الذي حصل له بالرد أو لا فهو حرص على القبول لغرض نفسي والشهادة إنما تكون خالصة لله تعالى.

ومفهوم قوله: (إن ردت لمانع) أنه لو لم يحكم بردها حتى زال المانع فأداها فإنها تقبل منه، وكذا إذا ردت فأدى شهادة بحق آخر بعد زوال المانع فإنها تقبل.

فقوله: (ثم أديت) أي: في الحق الذي شهد به أو لا أما إذا شهد في غيره فتقبل كما يفيده «دك».

● ص:

كشهادة ولد الزنى فيه أو محدود فيما حد فيه لتخفيف المصاب.

● ش:

تشبيه في الرد، وقوله: (لتخفيف المصاب) علة للرد المستفاد من التشبيه؛ أي: وكذا ترد شهادة ولد الزنى فيه وفيما يتعلق بالإنسان كلعان وقذف ومنبوذ، وكذا ترد شهادة المحدود لسكر أو زنى أو قذف في مثل ما حد فيه كما ترد شهادة الزاني في اللواط على الظاهر للتهمة على جعل غيره مثله. كما قال «الش».

وإنما ردت شهادة ولد الزنى في الزنى والمحدود فيما حد فيه؛ لأنها مهما على تخفيف المصاب أي: على تهوين المصيبة بمشاركة الغير لهما في تلك المقرة؛ لأن المصيبة إذا عمت هانت وإذا خصت هالت.

ومفهوم قوله: (فيما حد فيه): أنه لو شهد في غيره لقبلت شهادته فمت حد لشرب مثلا ثم تاب منه قبلت في الزنى مثلا ومثل الجد التعذير فلا يشهد من عذر في أمر

في مثل ما عذر فيه ويشهد في غيره.

وبعبارة: لا تقبل شهادة ولد الزنى فيه؛ لأن الإنسان إذا كان له من يشاركه في صفته خفت عليه المصيبة؛ لأن المصيبة إذا عمت هانت وإذا نذرت هالت وودت الزانية إن النساء كلهن يزنين. وكذا لا تقبل شهادة المحدود فيما حد فيه بخصوصه أما في غيره فتقبل كمن حد لقذف نشهد بشرب.

وقوله: (فيما حد فيه) أي: بالفعل وإلا فقولان ومثل الحد بالفعل القتل فقط إذا عفي عنه ومثل الحد التقدير فلا تقبل شهادة من عذر فيما عذر فيه إلا أن يكون وقع ذلك سنة فلته وهذا كله في المسلم، بخلاف الكافر إذا حد ثم أسلم فإنها تقبل شهادته في كل شيء وأما القاضي فله أن يحكم ولو فيما حد فيه.

● ص:

ولا أن رفع الخصم إلا الوالي فورا للأمير.

● ش:

هذا عطف على معنى قوله السابق: ردت؛ لأن معناه لا تقبل؛ أي: وكذا لا تقبل الشهادة فإن رفع الشاهد الخصم للقاضي ثم شهد عليه ولو كان ذلك في حق الله تعالى؛ لأن الشاهد لا يكون مخاصما ولكن يذهب الشاهد في حق الله تعالى للقاضي بلا الخصم ويخبره بما جعل فيرفعه القاضي إليه ويحكم بشهادته عليه.

مثال حق الأدعى أن يدعي شخص لغائب بدين على آخر ثم يرفعه للقاضي ويشهد به عليه فلا تقبل شهادته لما سبق.

ومثال حق الله تعالى أن يرفع أربعة رجال شخصا ويشهدون عليه بالزنى فلا تقبل شهادتهم عليه عند ابن القاسم، ويستثنى من ذلك الوالي فيصح رفعه بعض المرتكبين للفواحش فورا للأمير الذي فوقه فإن أخر رفعه لغير عذر رد.

● ص:

أو حلف على صحتها غير جاهل.

● ش:

يعني: أن الشاهد إذا شهد وحلف على صحة شهادته فإنها لا تقبل شهادته إن

كان غير جاهل؛ لأنه حرص على القبول وأما قوله تعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا﴾ [المائدة:١٠٧] فمنسوخ مع أنه لا يقتضي مبادرة الشاهد لليمين ولا فرق فيما ذكره «المص» بين أن تكون الشهادة في حق الله تعالى أو حق الآدمي ولا فرق أيضًا بين أن يكون الحلف متصلا بالشهادة كقوله أشهدوا الله.

وبعبارة: لا تقبل الشهادة إن حلف الشاهد على صحتها سواء كان ذلك في حق الله تعالى أو حق الآدمي وسواء قدم الحلف على الشهادة أو آخره عنها لاتهامه على الحرص على القبول.

ومفهوم (غير جاهل): أنه يفتقر ذلك للعامة. قال ابن عبد السلام: إلا أن يكون الشاهد من جملة العوام فإنهم يسامحون في ذلك وينبغي عندي أن يعذروا به.

● **ص:**

وللقاضي تحليفه وإن بطلاق.

● **ش:**

يعني: أن للقاضي إذا أتهم الشاهد فله تحليفه ولو بالطلاق كما في الخَرَشي عن ابن فرحون.

قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضيته بحسب ما يحدثون من الفجور واستحسنه مالك؛ لأن من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة فيخرج تحليف الشاهد أن يستثنى من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة:٢٨٢].

ولما كان الحرص على أداء الشهادة مانعا من قبولها أشار له بقوله:

● **ص:**

أو رفع قبل الطلب في حق الآدمي.

● **ش:**

حق الآدمي هو ماله إسقاطه كالدين والقصاص، وأما حق الله تعالى فليس للمكلف إسقاطه، وعبارة الأصل: أو رفع قبل الطلب في محض حق الآدمي، وحذف «المص» لفظ محض مما هنا وأثبتها فيما بعده؛ لأن لله تعالى حقا في كل حقوق عباده فلا يكون الحق متمحضا للآدمي أصلًا، وهذا معنى قول «الش»

وحذفت محض من هنا؛ لأن لله تعالى حقا في كل حقوق عباده.

والمعنى: أن من رفع شهادته للحاكم قبل الطلب منه في حق الآدمي وشهد قبل أن يستشهد فإن شهادته لا تقبل؛ لأنه حرص على الأداء في ضمنه الحرص على القبول؛ لأنه إنما يؤدي ليقبل عادة وفي الحديث شر الشهود من شهد قبل أن يستشهد نعم إن لم يعلم صاحب الحق الشهادة أخبره الشاهد بها ليطلبها منه عند الحاكم فيشهد له عنده وأما في محض حق الله تعالى فتجب عليه المبادرة بالرفع للحاكم من غير رفع الخصم معه لما سبق من أن الشاهد لا يكون مخاصما وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

وبادر في محض حق الله تعالى إذا دامت الحرمة كعتق وطلاق ورضاع وحبس على غير معين أكله غير الواقف.

● ش:

يعني: أن الحق إذا تمحض لله تعالى فإنه يجب على الشاهد المبادرة بالرفع للحاكم من غير رفع الخصم معه حتى أن الشاهد إذا أخر الرفع للحاكم كان ذلك جرحة في شهادته ومحل وجوب المبادرة على الشاهد إن دامت الحرية أي: استمر متعلقها ولم ينقطع وذلك كعتق الرقيق والسيد يتصرف فيه تصرف الملاك من استخدام أو بيع أو صدقة به أو وطئ ونحو ذلك فمن علم بذلك وجبت عليه المبادرة بالرفع للحاكم وكطلاق لزوجة والزوج يعاشرها معاشرة الأزواج من خلوة بها واستمتاع ونحو ذلك وكرضاع مع زوجة فمن علم برضاع رجل مع امرأة في صغره ثم تزوج بها في كبره أو صغره وجب عليه الرفع للحاكم وكحبس على غير معين كالفقراء كل غلته غير الواقف ومنع منه المستحقين فمن علم ذلك وجب عليه المبادرة بالرفع للحاكم ولاسيما إذا كان الواقف مسجدا أو مدرسة أو رباطا وواضع اليد يتصرف فيه تصرف الملاك.

وقوله: (على غير معين) احترز به عن المعين كزيد فإنه من حق الآدمي المتقدم.

وقوله: (أكله غير الواقف) احترازًا مما إذا كان واضع اليد هو الواقف فإنه لا فائدة

في الرفع؛ لأنه لا يقضي عليه به كما سبف في الوقف والمراد بمحض حق الله فليس للمكلف إسقاطه كما مر وهذا قد يوجد فيه حق للأدمي وقد لا يوجد كبعض الأمثلة السابقة فإن المعتق له حق في العتق بتخليص رقبته من الرق وكذلك المرأة المشهود بطلاقها لها حق في تخليص عصمتها من الزوج وفي الوقف حق لآدمي؛ لأن الموقوف عليه له طلب استحقاقه فيه وقد تتجرد هذه الثلاثة عن حق الآدمي كما إذا رضي المعتق بالفتح باستخدام المعتق له كاستخدام الرقيق أو رضيت المرأة بنفائها تحت مطلقها أو رضي الموقوف عليه بترك ما يستحقه في الوقف وأما الرضاع فظاهر أن الآدمي ليس له فيه حق البتة.

ثم أشار لمفهوم قوله: (إن دامت الحرمة) فقال:

• ص:

والأولى ستر ما لم يدم على غير مجاهر.

• ش:

يعني: أنه إذا كان الحق لله تعالى إلا أن الحرمة فيه لم تدم بأن كانت المعصية تنقضي بالفراغ منها كالزنى وشرب الخمر فإنه يجوز الرفع ولكن الأولى الستر على غير المجاهر بالفسق وأما هو فيندب فيه الرفع ليرتدع عن فسقه ويكره الستر عليه ومثل المجاهر من حبس الزانية عنده بل من الحرمة الدائمة على الأظهر. كما قال «حش».

• ص:

وجاز إشهاد مختف.

• ش:

يعني: أنه يجوز إشهاد شخص مختف على إقرار المشهود عليه؛ لأن غاية ما فيه أن الشاهد حرص على التحمل والحرص على التحمل لا يضر.

قال أشهب وعيسى بن دينار وعامة أصحاب مالك: إن الحرص على تحمل الشهادة لا يقدح فيها، قيل لمالك في الرجل يقر خاليا فيجوز أن أقعد له مختفيا لأشهد عليه؟ قال: إن تحقق الإقرار كما يجب فليشهد. اهـ.

ومعنى تحقق الإقرار: أن يكون المقر غير صبي وسفيه.

وبعبارة: تحرز شهادة المختفي على من يقر سواء ويجحد علانية إلا أن يكون ذلك الخصم يخدع مثله لعدم معرفته بوجوه الإقرار فلا تجوز شهادة المختفي عليه. قال ابن القاسم: واقتصر عليه الحطاب، قال: ويحلف أنه إنما أقر لذلك.

● **ص:**

لا بدوي في حضر وصح إن صادف.

● **ش:**

عطف بلا النافية على فاعل جاز أي: أنه لا يجوز إشهاد بدوي في حضر لحضري على حضري؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يشهد بدوي على حضري»، وفي طريق أخرى: «على صاحب قرية»[1]، فإذا شهد بدوي لحضري على حضري بدين أو بيع أو شراء أو هبة ونحو ذلك مما يستبعد حضور البدوي فيه دون الحضري فلا تقبل شهادته.

ومفهوم (في حضر): أنه يجوز شهادته البدوي في البادية أو في السفر على حضري أو بدوي كان المشهود له حضريا أو بدويا لعدم الاستبعاد أي: الاستغراب في البادية وفي السفر ويصح تحمل البدوي بالشهادة في الحضر على حضري أو بدوي إن صادف ما شهد به من غير قصد إشهاد فإذا سمع البدوي من يقر بشيء لحضري أو بدوي أوراه يفعل به فعلا كغصب أو ضرب أو قتل أو إتلاف مال أوراه يشرب خمرا ونحو ذلك مما لا يقصد الإشهاد به عليه فإنها تقبل شهادته في ذلك لعدم الاستبعاد سواء كان المشهود له والمشهود عليه حضريين أو بدويين أو أحدهما بدويا والآخر حضريا كما تقبل شهادته فيما يقع في البادية من ذلك كله على حضري أو بدوي فإذا ادعى أنه عامل المشهود عليه بالدين في سفره فلا تستبعد شهادة البدوي للحضري على الحضري سواء مر الحضريان في السفر على البدوي أو مر البدوي بهما ومثل السفر الأمور التي يطلب فيها الخلوات والبعد عن العدول فتقبل فيها شهادة البدوي للحضري على الحضري وأما شهادة البدوي

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٢٠٩٧١).

لبدوي على بدوي فظاهر كلامهم جوازها مطلقًا في حضر أو سفر كشهادته لحضري على بدوي في الحضر لكن هذا خلاف ظاهر كلام «المص»؛ لأن قوله: (لا بدوي في حضر) يظهر منه أن شهادة البدوي في الحضر لا تجوز مطلقًا ولو لبدوي على بدوي أو لحضري على بدوي إلا إذا صادف إشهاده بلا قصد وحرر المسألة وأما شهادة الحضري على البدوي ففيها خلاف وبالجملة فمدار المنع على الاستبعاد عادة.

• ص:

والسائل لنفسه من غير الزكاة والأعيان كالبدوي في الكثير.

• ش:

(السائل) مبتدأ خبره قوله: (كالبدوي).

وقوله: (لنفسه) متعلق بالسائل وكذلك قوله: (من غير الزكاة) متعلق به (والأعيان) عطف على الزكاة، والمراد بالأعيان الأغنياء الأسخياء.

وقوله: (كالبدوي) تشبيه للسائل بالبدوي أي: أن السائل كالبدوي في أنه لا يجوز قصده بتحمل الشهادة للاستبعاد وفي أنه يصح تحمله بها إذا صادف بلا قصد.

وقوله: (في الكثير) تقييد للتشبيه وبيان لمحله أي: أن محل تشبيه السائل بالبدوي والحكم عليه بحكمه إذا شهد بالكثير لا بالقليل والكثير صفة لمحذوف أي: في الحق الكثير أو المال الكثير والمراد بالكثير ما لم تجر العادة باستشهاده فيه مع ترك غيره والمراد كله في غير السوال للاستكثار؛ لأن السوال للاستكثار حرام ولو من الأغنياء الأسخياء فترد به الشهادة.

والمعنى: أن السائل لنفسه صدقة من غير الزكاة ومن غير أعيان الناس وإشرافهم كالبدوي فلا يجوز قصده بتحمل الشهادة لاستبعاد ذلك يصح تحمله إن صادف بدون قصد الإشهاد وتقبل شهادته في ذلك كما تقبل شهادته بنحو ضرب أو قذف أو قتل لعدم الاستبعاد في ذلك.

ومحل كونه كالبدوي إذا شهد في المال الكثير فلا تقبل شهادته فيه إن قصد

إشهاده أما الـمال القليل فيجوز قصده فيه بالتحمل فتقبل شهادته فيه مع القصد كما تقبل شهادة من سأل لغيره أو من حقه في الزكاة أو من الأعيان أو يقبل من غير سؤال لغيره ولو قصد بالتحمل في المال الكثير فعلم بذلك أن تشبيه السائل بالبدوي مقيد بقيود ثلاثة:

- أن يكون سؤاله لنفسه لا لغيره.
- وأن يسأل من غير الزكاة والأعيان كالطوافين على الأبواب للسؤال.
- وأن تكون شهادته في المال الكثير لا في القليل.

أما إن سأل لغيره أو لنفسه من الزكاة أو الأعيان فيجوز قصده وقبول شهادته في القليل، ولو سأل من غير الزكاة والأعيان، ومن يعطى من غير سؤال يجوز قصده وتقبل شهادته في القليل والكثير.

● ص:

ولا منتفع كعلى مورثه الغني بموجب موت.

● ش:

عطف على بدوي والـمنتفع معناه الذي يجر بشهادته لنفسه نفعا والكاف للتمثيل وهي داخله على محذوف يتعلق به قوله: (بموجب) أي: كشهادته على مورثه بموجب موت.

يعني: أنها لا تقبل شهادة من جر بشهادته نفعا لنفسه كان يشهد على مورثه الغني بموجب موت له من زني محض أو قتل عمد؛ لأنه يتهم على أنه إنما شهد عليه بالزنى أو بالقتل ليرجم أو يقتل فيرثه ويحد الشاهد بالزنى للقذف، بخلاف شهادته على مورثه البكر بالزنى فتقبل لعدم التهمة كما إذا شهد على مورثه بقتل خطأ فإنها تقبل شهادته غنيا كان المورث أو فغير العدم التهمة أيضًا.

وخرج بالغني الفقير، فتقبل شهادته عليه بموجب الموت لعدم جر النفع في ذلك، ولا فرق فيما ذكره «المص» بين أن يكون الشهود كلهم ورثة أو بعضهم ممن لا تتم الشهادة إلا به، وسواء كان المورث أبا الشاهد أو أخاه أو ولده أو غير ذلك من الأقارب.

• **ص:**

أو بعتق من يتهم على ولائه.

• **ش:**

عطف على قوله: (بموجب موت)، فهو من أمثلة المنتفع؛ أي: وكشهادته على مورثه يعتق رقيق يتهم الشاهد على ولاية كان يشهد بأن أباه الميت اعتق عبدا وفي الورثة من لا يرث الولاء كالبنات والزوجات فلا تقبل شهادته؛ لأنها تؤدي إلى حرمان من ذكر فلو كانوا كلهم ذكورا قبلت؛ لأن الضرر يلحقه فلا يتهم كما تقبل إذا كان لا وارث معه لعدم التهمة ويشترط أن تكون التهمة حاصلة الآن بأن يكون العبد لو مات حينئذ ورثه، وأما إن كان الشاهدان قد يرجع إليهما يوما ما كما لو شهدا إخوان إن أخاهما قد أعتق هذا العبد وهناك ابن لأخيهما فإن شهادتهما جائزة.

والحاصل: أن التهمة إنما تعتبر إذا كانت حاصلة بالفعل فلا تعتبر التهمة في ثان حال كشهادة الأخ على أخيه بالعتق مع وجود ابن الأخ المشهود عليه والمراد بالولاء هنا المال أي: من يتهم على إرث ماله فلابد أن يكون العبد ذا مال وإلا قبلت الشهادة لعدم التهمة.

• **ص:**

أو لمدينه في مال إن أعسر ولم يبعد أجله.

• **ش:**

هذا من أمثلة المنتفع وهو عطف على متعلق مدخول الكاف المتقدم وهو قوله: (على مورثه) أي: ولا تجوز شهادة منتفع كشهادته على مورثه وكشهادته لمدينة في مال كدين أو إرث أو شيء معين كثوب أو دارا ودابة وكما يؤل إلى مال كجرح خطأ ونحو فتعبيره بمال أشمل من قول الأصل: بدين.

والمعنى: أن صاحب الدين لا تجوز شهادته لمدينه بمال أو دين أو إرث أو استحقاق وفق أو هبة أو خرج خطأ؛ لأنه يتهم على أخذ ما يحصل له من المال في الدين وهذا إذا أعسر المدين ولم يبعد أجل الدين بأن كان حالا أو قريب الحلول، أما إن كان موسر أو معسرا أو الدين بعيد الأجل فإنها تقبل شهادته له كما تقبل

شهادته له في غير المال كقذف أو جرح أو قتل عمد ونحو ذلك لعدم التهمة والمدين من عليه الدين، ويقال له: مدان ومديان ومديون، ففيه أربع لغات. كما في «خ».

● ص:

وصح كل للآخر وإن بمجلس حيث لا تهمة.

● ش:

يعني: أن كل واحد من الشخصين يصح شهادته للآخر وإن بمجلس واحد ولو أتحد المشهود عليه وإنما يجوز ذلك حيث لا تهمة على التواطئ على المكافأة.

تنبيه:

يجوز شهادة المنفق للمنفق عليه نفقة غير واجبة بالأصالة سواء كان قريبا أو أجنبيا كأجير عنده لضعف التهمة وأما من نفقته واجبة عليه بالأصالة فقد مر أنها ممتنعة لأجل القرابة وأما عكس ذلك وهو شهادة المنفق عليه للمنفق فلا تصح؛ لأنه يتهم على أنه إن لم يشهد له قطع عنه النفقة.

● ص:

والقافلة لبعضهم على المحاربين، بخلاف كرة السلطان إلا كعشرين عدلا.

● ش:

عطف على فاعل (صح)؛ يعني: أن أهل القافلة تصح شهادة بعضهم لبعض على المحاربين لهم مع وجود العداوة بينهم للضرورة أي: فلا يلتفت للعداوة الحاصلة بين أهل القافلة وبين المحاربين للضرورة وسواء شهدوا لبعضهم بمال أو نفس أو قذف أو غير ذلك وهذا، بخلاف كرة السلطان المجلوبين لحراسة بلد مثلا فإنهم لا يشهدون لبعضهم على أهل البلد للحمية والعصبية القائمة بهم إلا أن يكثر الشهود منهم كعشرين عدلا على الأظهر تشديدا عليهم وأما ترجيح الرماصي عدم اشتراط العدالة ففرضه في شهادتهم بأنساب بعضهم للتوارث واشتراط العشرين إنما هو في شهادتهم على الأجانب كأهل البلد كما مر وأما لو شهد بعضهم على بعض منهم فيكفي شاهدان، وكذا شهادتهم للغير على الغير فيكفي فيها العدلان.

والكَرَّة بفتح الكاف وشد الراء: الطائفة المجلوبين من ناحية السلطان.

قال «دك»: والمراد بالمجلوبين قوم من الجند يرسلهم السلطان أو نائبه لسد ثغرًا أو حراسته قرية ونحو ذلك وعدل المنع يحميه البلدية ولعل هذا باعتبار القرون الأولى، وأما المشاهد فيهم الآن فحمية الجاهلية وشدة التعصيب على أمة خير البرية قاسيته قلوبهم فاشية عيوبهم فأني تقبل شهادتهم شرعا ولكنهم يمضونها طبعا. اهـ.

وعلى ما ذكره «المص» من جواز شهادة العشرين لو شهد عشرة منهم وحلف المشهود له هل بعمل بذلك أو لا ظاهر كلامهم الثاني. كما في «خ».

وبعبارة: المجلوبون هم القوم الذين يرسلهم السلطان لسد ثغر أو حياطة قرية أي: حراستها أو لقطر من الأقطار أو هم قو يأتون من الكفار مترافقين إلى بلد الإسلام فيسلمون وسواء جرى عليهم الاسترقاق أو لا وعلل عدم جواز شهادة بعضهم لبعض باتهامهم على حمية البلدية وهذا التقليل يقتضي منع شهادة طريق العسكر الذين قدموا مترافقين بعضهم لبعض بل التعليل بذلك يقتضي منع شهادة العسكر لترك ونحوهم على ابناء العرب وإن لم يكونوا مترافقين وهذا مشاهد منهم في زماننا إلا أن يقال: إن التهمة تضعف مع عدم قيد الترافق وتقوي مع الترافق فالاقتضاء الثاني غير مسلم. أفاده «خ».

● ص:

وبطلت إن شهد له ولغيره إلا في الوصية له بقليل ولغيره كثيرا فيمضيان.

● ش:

يعني: أن من شهد لنفسه ولغيره على آخر بشيء له ولغيره كدين فإنها تبطل شهادته له ولغيره مطلقًا ولو شهد لنفسه بقليل ولغيره بكثير للتهمة في شهادته لنفسه والشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها إلا ما أجازته السنة كشهادة رجل وامرأتين بوصية بعتق وبمال فإنها ترد في العتق ولا ترد في المال وكمسألة الوصية التي استثناها «المص» بقوله: (إلا في الوصية... إلخ).

يعني: أنه إذا شهد له ولغيره فإنها تبطل الشهادة إلا في الوصية إذا شهد فيها

لنفسه بشيء قليل تافه كدينار ولغيره بكثير في نفسه كخمسين دينار لزيدا وللفقراء فإن ما نشهد به ولغيره يمضيان معًا ولا ترد فيهما الشهادة ويحلف ذلك الغير إن لم يكن شاهد آخر غير هذا الشاهد ويستحق ما أوصى له به وأما الشاهد فإنه يأخذ ما شهد به لنفسه بلا يمين؛ لأنه شيء يسير يأخذه بالتبع وهذا معنى قول «الش» ويحلف الغير إن لم يكن شاهد آخر لا هواي الشاهد فلا يحلف؛ لأنه تبع غير منظور إليه فليغز بهذا فيقال: دعوى أخذت بشاهد بلا يمين أو دعوى على ميت أخذت بلا يمين استظهار، وإن شئت فقل: شيئًا خذ من مال الغير بمجرد الدعوى فإن نكل الغير عن اليمين بطل حق الشاهد لعدم التبعية حينئذ.

فإن قلت: ما الفرق بين الوصية وغيرها حيث لم تبطل شهادته فيها إذا شهد له بقليل ولغيره بكثير وبطلت في غيرها مطلقًا.

نقول: الفرق كما في «عب»: أن الميت الموصي قد لا يجد من يشهده غير الموصَى له فلذا مضت شهادته فيها لنفسه وبها يلغز فيقال: شهادة للنفس مضت.

ومفهوم (شهد له بقليل): أنه لو شهد لنفسه بكثير شأنه أن يتهم فيه لم تمض شهادته له ولا لغيره سواء شهد لغيره بكثير أو قليل كان يقول: أشهد أنه أوصى لي بخمسين دينارا ولزيدا وللفقر بخمسين دينارا أو بدينار واحد ومحل هذا التفصيل السابق في الوصية إذا كتبت الوصية بكتاب واحد بغير خط الشاهد بأن كانت بخط الميت أو غيره بإذنه فإن كانت بخط الشاهد أو لم تكتب أصلًا قبلت شهادته لغيره لا لنفسه ولو قل لاتهامه على تخصيص نفسه بلا إذن، وكذا إن كتب بكتابين أحدهما بوصية الشاهد والثاني بوصية الآخر فنصح للآخر دون لعدم التبعية حينئذ، وإلى هذا أشار بقوله:

• ص:

وإن لم يجمعهما كتابة غير الشاهد صحت للغير فقط.

• ش:

يعني: أن ما شهد به لنفسه ولغيره إن لم يجمعهما كتابة غير الشاهد بأن لم يكتبا أصلًا أو كتبا بخط الشاهد أو بخط غيره في كتابين فإن الوصية تصح للغير فقط في

الثلاث صور ولا تصح للشاهد كما سبق.

ومفهوم قوله: (لم يجمعهما كتابة غير الشاهد): أنه إذا جمعهما كتابة غير الشاهد كالميت أو غيره بإذنه فإنها لا تبطل الوصية للشاهد بل تجري على التفصيل السابق وهو أنه إذا شهد لنفسه بقليل ولغيره بكثير صحت وإلا فلا.

● ص:

ولا إن رفع ضرراً كتجريح بعض العاقلة لشهود القتل.

● ش:

عطف على قوله: (لا بدوي) كسابقه ولاحقه ولم يقيد القتل بالخطأ؛ لأن من المعلوم أن العاقلة لا تحمل إلا الخطأ، أي: وكذا لا تقبل الشهادة إن دفع الشاهد بها عن نفسه ضررا كتجريح بعض عاقلة القاتل خطأ لشهود القتل وقيد ذلك بما إذا كان الشاهد بالجرح قادر يخصه شيء من الدية؛ لأنه دفع شهادته، وقيل: لا تقبل شهادته مطلقا؛ لأنه يدفع بها عن قومه وظاهر «المص» كالأصل سواء كانت شهادة بعض العاقلة بتجريح شهود القتل وقعت بعد أداء شهود القتل وقبل الحكم أو بعدها معًا.

● ص:

أو المدين المجهول لمداينه.

● ش:

من أمثلة دفع الضرر أيضًا؛ يعني: أن المدين المجهول الحال الذي لا يعلم ملاوه ولا عدمه لا تقبل شهادته لمداينة في مال أو غيره كقصاص لإتهامه على دفع ضرر مطالبة رب الدين له بدينه فإن علم يسره بحيث لا يضره دفع الدين لربه أو علم عسره بحيث لا يخشى ضرر الحبس لثبوته جازت شهادته لمداينة ولو حل الدين.

● ص:

ولا مفت فيما يخالف القضاء فيه الفتوى.

● ش:

أي: وكذا لا تقبل شهادة المفتي بالفعل على منتفتيه فيما يخالف القضاء فيه

الفتوى كأن يعمل المفتي سلامة الحالف في باطن نيته فأفتاه على حسب نيته ثم رفع الحالف للقاضي فلا يشهد عليه المفتي بما سمعه منه مما يخالف نيته كما إذا حلف بالطلاق لا أكلم زيدا وكلمه بعد شهر مثلا وادعى نيته ذلك عند الحلف فأفتاه المفتي بعدم لزوم الطلاق لنيته فرفعت الزوجة زوجها للقاضي ليلزمه الطلاق فإذا طلبت المفتي ليشهد لها عند القاضي بما سمعه من الطلاق من زوجها لم يجز له أن يشهد عليه بما سمعه منه؛ لأنه حيث أفتاه بعدم اللزوم لنيته فقد علم من باطن الحال خلاف خلافًا ما يقتضيه ظاهره.

وأما الشيء الذي لا يخالف القضاء فيه الفتوى لكونه لا ينوي فيه كإرادة ميتة في قوله: فلانة زوجته طالق، فإنه يجب على المفتي حيث أفتاه بلزوم الطلاق وإلغاء نيته فلم يقبل فتواه أن يرفعه للقاضي ويشهد عليه إذا أنكر ولا يسع المفتي أن يتأخر عن أداء الشهادة.

وقولنا: المفتي بالفعل؛ احترازًا مما إذا أقر عند المفتي بشيء كطلاق زوجته أو موجب حد أو نحو ذلك من غير استفتاء فإنه يجري على التفصيل السابق في حق الآدمي ومحض حق الله تعالى.

● ص:

ولا إن شهد باستحقاق وقال: أنا ملكته.

● ش:

أي: وكذا لا تقبل شهادة الشاهد ذا شهد لشخص باستحقاق شيء معين كدابة أو عبد أو ثوب وقال في شهادته له باستحقاقه: أنا ملكته له أي: للمشهود له حتى ثبت له حتى يثبت ملكه هواي الشاهد وسواء قال: ملكته له؛ أي: بعوض كبيع أو بغير عوض كهبة أو صدقة كما في «بن» وغيره؛ لأن العلة في عدم قبول شهادته أنه شهد لنفسه بالملك وما في الخَرَشي من قصر بطلان الشهادة على التملك بالعوض مبني على تعليله لبطلان الشهادة بدفع ضرر الرجوع بالعوض لو لم يشهد له.

يعني: أنه إذا قال: هو ملكه وأنا بعته له يتهم في شهادته على أنه خاف رجوع المشتري عليه بالثمن لو لم يشهد له.

والحاصل: أن الخَرَشي وغيره قالوا: إن شهد بالاستحقاق وقال: أنا بعته له لم تقبل شهادته لإتهامه على رجوع المشتري عليه بالثمن لو لم يشهد له وإن قال: وأنا وهبته له وتصدقت به عليه قبلت لانتفاء علة الرجوع عليه إن لم يشهد ورد هذا بأن أصل المسألة لابن أبي زيد والنقل عنه يدل على أن العلة هي أن الملك لا يثبت بالشهادة بمجرد الشراء الآن الملك لا يثبت بالشراء حتى تشهد البنية بملك البائع له فإن قال: أنا بعته أو وهبته فقد تشهد لنفسه بملك ذلك الشيء وهو لا يصح وحينئذ فلا فرق بين بعته أو وهبته.

وعبارة «دك»: وعلل بعضهم بأنه من باب الشهادة على فعل النفس وعليه لو قال: وأنا وهبته لم تقبل أيضًا ورجح. اهـ.

قال «الش»: فإن لم يقل وأنا ملكته وشهدت بذلك بنية، فقال البرموني: يقبل لاحتمال كذب البينة واستبعده شيخنا. قاله «الش»، وهو بيان لمحترز قول «المص»: (وقال: وأنا ملكته).

وعبارة «ح»: وأما لو لم يقل: وأنا بعته له لكن ثبت أن الشاهد كان باعه للمشهود له فلا يضر لاحتمال كذب البينة؛ لأن الإقرار أقوى كما استظهره البرموني وهو ظاهر كلام المؤلف وإلا لقال: وثبت بيعه له ليكون شاملا للبينة. انتهى المراد منه.

- **ص:**

أو حدث فسق قبل الحكم.

- **ش:**

أي: وكذا لا تقبل الشهادة إن حدث فسق الشهود وبعد أداء الشهادة وقبل الحكم بها لدلالة حدوثه على أنه كان كامنا فيهم قبل الأداء فإن حدث الفسق بعد الحكم مضى ولا ينقض، بخلاف ما لو ثبت بعد الحكم أنه شرب خمرا مثلا بعد الأداء وقبل الحكم فينقض كما إذا ظهر أنه قضى بفاسقين.

والحاصل: أنه إذا حدث الفسق بعد الأداء وقبل الحكم بطلت الشهادة ولو لم يثبت إلا بعد الحكم فينقضي، ومن ذلك: أن يشهد عدلان بطلاق امرأة ويقولان ورأيناه يطأها بعد الطلاق؛ لأن قولهم ذلك قذف وهو فسق وقد حكىالحطاب خلافًا

في حدها نظرًا إلى أنه لما بطلت شهادة الطلاق لم يكن المرمى به زنى. فانظره، قاله «الش».

• ص:

لا تهمة جر أو دفع أو عداوة.

• ش:

أي: أن الشهادة لا تبطل تهمة جر نفع أو تهمة دفع ضرا وتهمة عداوة للمشهود عليه فلا يضر حدوث ذلك قبل الحكم حيث أمن به قبل الأداء مثال تهمة جر النفع أن يشهد بطلاق امرأة ثم يتزوجها أو يشهد لها بحق على آخر ثم يتزوجها قبل الحكم.

قال «خ»: فمثال تهمة جر النفع أن يشهد شاهد لامرأة بحق على آخر ولو لم يحكم الحاكم بشهادته حتى تزوج الشاهد بتلك المرأة، ومثل «الش» لذلك بقوله: كان يتزوج امرأة بعد أن شهد لها.

ومثال تهمة الرفع أن يشهد رجل بفسق آخر ثم بعد ذلك شهد المشهود بفسقه على رجل آخر أنه قتل رجلا خطأ والشاهد بالفسق من عاقلة القاتل فإن ذلك لا يبطل شهادته بالفسق. قاله الشيخ داود تبعا للبساطي.

وقوله: ثم بعد ذلك شهد المشهود بفسقه؛ أي: قبل الحكم أن يحكم بفسقه أو بعد ثبوت العدالة والتسوية مما جرح به. قاله «خ».

ومثل «الش» لتهمة الدفع بقوله: كان يجرح من شهد على عاقلته بعد؛ أي: بعد التجريح وبعد ظرف لتشهد أي: كان يجرح من شهد على عاقلته بالقتل أي: بعد جرحه.

ومثال «الش» هو بمعنى ما سبق في مثال «خ» ومثال تهمة العداوة؛ أي: تهمة حدوثها أن يخاصم الشاهد المشهود عليه بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فلا يضر حدوث ذلك حيث أمن قبل الأداء، فإن لم يؤمن ذلك بطلت الشهادة.

والحاصل: أن حدوث هذه الثلاثة بعد أداء الشهادة وقبل الحكم بها لا يقدح فيها لحقه التهمة في ذلك بشرط الأمن من ذلك قبل الأداء.

● **ص:**

والعالم العدل مقبول على مثله.

● **ش:**

يعني: أن العالم العدل مقبول الشهادة على عالم مثله حيث لم يكن بينهما عداوة دنيوية من تحاسد وتباغض ولا يضر ما يقع بين العلماء من جدال المناظرة لإظهار الحق وإبطال الباطل فهم عدول هذه الأمة بشهادة الحديث الذي ذكره «خ»، ولا عبرة بمن شنع عليهم رضي الله عنهم وأما من يحقد على قرينة ويحسده ويبغضه لحظ نفساني كما يقع لبعض المعاصرين فلا تجوز شهادته عليه وعلى هذا يحمل قول الأصل ولا عالم على مثله.

● **ص:**

لا من أخذ من العمال.

● **ش:**

يعني: أن من أخذ شيئا من العمال المحجور عليهم لا تقبل شهادته؛ لأن السلطان أو نائبه ضرب على أيديهم ولم يجعل لهم إلا جباية الأموال فقط دون صرفها في وجوها كالملتزمين فإن السلطان أو نائبه لم يجعل لهم صرف الأموال التي يجبونها من المزارعين في مصارفها الشرعية وإنما هم مجرد جبات يجبون لبيت مال المسلمين الخراج الذي على المزارعين ولكن يظلمون الناس ظلما كثيرا كما هو مشاهد فما بأيديهم من الأموال إنما هو للناس فالأخذ منهم أو الأكل عندهم مسقط للشهادة إذا تكرر الأخذ أو الأكل؛ لأنه مما يزري بالشخص ويحط قدره ويسقط مروته ومحل التقييد بالتكرار إذا لم يعلم أن المال المأخوذ أو المأكول منه مغصوب وإلا كان مسقطا للشهادة ولو لم يتكرر وأما العمال المفوض لهم في جباية الأموال وصرفها في مصارفها الشرعية فكالخلفاء لا بأس بالأخذ منهم والأكل عندهم فهو جائز بلا كراهة.

وقوله: (لا من أخذ من العمال) قال «حش»: هذا عند ضبط الأمور وعند الاختلاط كل ذلك لبيت المال فيأخذه مستحقه. اهـ. وهو حسن.

• ص:

كالتعصب.

• ش:

تشبيه في إسقاط الشهادة المعلوم مما سبق.

يعني: أن الشاهد إذا اتهم بالعصبية والحمية كبغض المشهود عليه لكونه من قبيلة كذا أو من بني فلان فإنها لا تقبل شهادته، وكذا ما يقع للترك على ابنا العرب.

وبعبارة: لا تقبل شهادة الشاهد إن تعصب أي: أتهم على التعصب أي: التخيل والتخيف وأما الرشوة مثله الراء فمن الكبائر كما في الشرع فتبطل شهادة من شأنه أخذ الرشوة ولو شهد لغير المأخوذ منه والرشوة هي أخذ المال لإبطال حق أو تنفيذ باطل مأخوذة من الرشا وهو الحبل الذي يتوصل به إلى نشل الماء؛ لأنه يتوصل بها إلى مطلوبه.

قال «خ»: وأما دفع المال لإبطال الظلم فهو جائز للدافع حرام على الأخذ.

• ص:

أو تلقين الخصم.

• ش:

عطف على مدخول الكاف؛ يعني: أن تلقين الخصوم الحجة مسقط للشهادة فإذا كان من شأنه أنه يلقن الخصم حجة يستعين بها على خصمه بغير حق لم تقبل شهادته وأما تلقينه حجة يستعين بها على خصمه بغير حق لم تقبل شهادته وأما تلقينه حجة لإثبات الحق فلا يكون قادها في الشهادة بل قد يكون واجبا فالمراد أن من شأنه التلقين بغير حق لا تقبل شهادته ولو لم يلقن هذا المشهود له الآن، وأما القاضي فقال ابن فرحون: لا بأس بتلقينه أحد الخصمين حجة شرعية عجز عنها.

• ص:

أو لعب النيروز أو مطل مع غنى أو حلف بعتق وطلاق ومجيء مجلس قاضي ثلاثا بلا عذر وتجارة لأرض حرب وسكنى مغصوبة أو مع ولد شريب أو وطئ من لا توطأ والتفات بصلاة واقتراض من حبس وعدم إتقان الوضوء والغسل والزكاة لمن لزمته

وبيع آلات اللهو واستحلاف أبيه.

● ش:

هذه محلها معطوفات على مدخول الكاف فهي مسقطات للشهادة وإضافة لعب للنيروز على معنى في أي: اللعب في يوم النيروز.

يعني: أن اللعب في يوم النيروز وهو أول يوم من السنة القبطية مانع من قبول الشهادة وهو من فعل الجاهلية والنصارى ويقع لعبه في الصعيد وغيره من أوباش الناس ورعاعهم فلعبه دال على عدم المروءة.

قال «تت»: إنه كان بمصر قديما يفعل في يوم النيروز ولا نعرف صفته لكن رأيت ببعض قرى الصعيد يأتي رجل ممن يسخر به لكبير القرية فيجعل عليه فروة مقلوبة أو حصير يخرقها في رقبته ويركبه فرسا ويتبعه رعاع الناس وحوله جماعة يقبضون على من أمرهم بالقبض عليه على وجه اللعب ولا يطلقونه إلا بشيء يدفعه لهم أو يعدهم به. اهـ. قاله «خ».

والذي رأيته وأنا صغير السن في بلاد الصعيد أن الذي يسخر به يلبس شيئا على رأسه يسمى بالطرطور ويجعل له لحية كبيرة من كتان ويمسك بيده شيئا من ورق أو جلد وعريض الأعلى دقيق الأسفل فتارة يضرب به الناس على وجه السخرية وتارة يجعل أسفله كالقلم ويجعل دبر الفرس أو الحمار الذي هو راكب عليه كالمحبرة فيملين هذا القلم من هذا المحبرة ويكتب في ورقة طويلة بيده فيما يخيل للناس ويركب الدابة بالمقلوب فيجعل ذنبها بيده كالجام ويجعل له أعوانا يأخذون له دراهم ممن يلقونه من الناس ويتكلم هو وجماعته بالمجون والسخرية والهزل الخارج عن قانون العقلاء وهذا الشخص المتقدم ذكره يسمى عندهم بجندي النيروز.

وكذا تسقط الشهادة بالمطل أي: تأخير الدين عند طلبه مع الغني والحلول بلا عذر شرعي؛ لأن مطل الغني ظلم كما في الحديث وترك رب الدين الطلب استحياء أو خوف أذية في حكم الطلب وظاهر «المص» أن المطل مسقط للشهادة ولو لم يتكرر وكلام ابن رشد يفيد أن محل ذلك إذا تكرر.

وكذا تسقط الشهادة بتكرر الحلف بالطلاق والعتاق؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الطلاق والعتق من أيمان الفساق»، فسمى الحالف بذلك فاستعاد وهو لا تقبل شهادته وفي حديث آخر من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت.

وكذا تسقط الشهادة بمجيء الشخص مجلس القاضي ثلاثة أيام متوالية بلا عذر وأولى ثلاث مرات في يوم بلا عذر.

قال «دك»: وظاهر هذا أنه إذا تخلل الأيام الثلاثة ولو يوم لم تسقط الشهادة.

وكذا تسقط الشهادة بالتجارة لأرض الحرب لتعطيل الشعائر بها، بخلاف دخولها لفك أسير أو قهرا كغلبة ريح فلا يضر.

وكذا تبطل الشهادة بسكنى دار مغصوبة، وكذا محل انتفاع بما علم غصبه.

وكذا تسقط الشهادة بسكنى الوالد مع ولده الشريب أي: الذي يكثر شرب الخمر؛ لأن سكوته مع قدرته على منعه أو إزالته دليل على عدم ديانته ومروءته، فإن لم يقدر على ذلك فهو معذور وغير الولد ولى ولا مفهوم للشرب بل غيره من المعاصي كذلك.

وكذا تسقط الشهادة بوطء من لا توطأ شرعا كحائض أو محرمة أو أمة غير مستبرأة أو عادة كصغير لا تطيق الوطء.

وكذا تسقط الشهادة بالإلتفات في الصلاة لغير حاجة ولو نقلا؛ لأنه يدل على عدم اكترائه بها فلا يكترث بغيرها بالأولى وأولى تأخيرها عن أوقاتها الاختيارية بلا عذر شرعي.

وكذا تسقط الشهادة باقتراضه حجرا أو خشبا أو طوبا من صبي مسجد أو غير ليبني بها أو يرم بها داره مثلا مع علمه بحرمة ذك.

وكذا تبطل الشهادة بعدم إتقان الوضوء أو الغسل من الجنابة والزكاة لمن لزمته بأن كان يتساهل في فعل الوضوء والغسل وفي إخراج الزكاة حيث لزمته ولا مفهوم لما ذكر بل التساهل في غيره كالتيمم والصيام والحج كذلك.

وكذا تسقط الشهادة ببيع آلات اللهو كالنرد والمزمار والطار والطبور ونحو ذلك.

وكذا تبطل ببيع نحو الأفيون والداتورة والحشيشة والسكران والبنج وشبه ذلك

قال: فشرع الأغلف الذي لا عذر له في الختان لا تجوز شهادته. اهـ.

وكذا تسقط للشهادة باستحلاف الولد أباه أو أمه دنية من النسب في حق له عليهما ولو كانت اليمين منقلبة من الولد على المعتمد، بخلاف ما تعلق بها حق لغير الولد كالزوج يحلف الأب إذا ادعى الأب في جهاز البنت عارية في التثنية كما سبق في النكاح فإذا أقرت زوجها على تحليف أبيها فيما ذكر لم يكن ذلك قادحا في شهادتها، والله أعلم.

● **ص:**

وقدح وإن كافرا في المتوسط مطلقًا وفي المبرز بعداوة أو ضدها ولو بدونه، اللخمي: وبغيرهما.

● **ش:**

يعني: أن الخصم ولو كافرا إذا عذر إليه القاضي في الشاهد بقوله: ألك مطعن فإنه يقدح في الشاهد المتوسط في العدالة بأي قاء حينئذ، وهو معنى الإطلاق أي: يقدح فيه قدحا مطلقًا عن التقييد بعداوة أو قرابة وتجريح أو غير ذلك ويقبل التجريح في الشاهد المتوسط ويوقف الحكم إلى إثباته ولو بشاهد دونه في العدالة وإذا قدح في المتوسط فأولى من هو دونه في العدالة وأما المبرز في العدالة سواء كان شاهدا أو مزكيا في العلانية فيدح فيه الخصم بالعداوة وضدها وهي القرابة الأكيدة، وكذا الصداقة ويسمع منه إثبات ما ذكر ولو بشاهد دون المبرز في العدالة كما أشار لذلك بقوله: (ولو بدونه) أي: ويقبل القدح والتجريح في الشاهد ويثبت ولو بشاهد دونه في العدالة.

فقوله: (ولو بدونه) مبالغة في محذوف أي: ويثبت القدح والتجريح في الشاهد المتوسط أو المبرز ولو بشاهد دونه في العدالة فضمير دونه يرجع للشاهد مطلقًا متوسطا كان أو مبرزا ورد بالمبالغة قول من شرط في شاهدي التجريح أن يكونا مثل الشاهد المجرح أو أعلى منه في العدالة.

ومفهوم قوله: (وفي المبرز بعداوة وضدها): أنه لو قدح الخصم في المبرز بغير العداوة وضدها لم يسمع قدحه ولو أراد أن يثبته بالبينة، وقال اللخمي: هو

كالمتوسط يقدح فيه بكل قادح وهو قول سحنون ورجح؛ لأن الجرح مما يكتمه الإنسان في نفسه فلا يكاد يطلع عليه إلا بعض الأفراد فمتى علم شيئًا كان شهادة عنده يؤديها كسائر الشهادات وإلى ذلك أشار بقوله: (اللخمي وبغيرهما) أي: قال اللخمي: ويقدح في المبرز أيضًا بغيرهما؛ أي: بغير العداوة وضدها.

• ص:

وزوال العداوة والفسق بغلبة الظن.

• ش:

يعني: أن الشاهد إذا ردت شهادته لعداوة أو فسق ثم أراد الشهادة ثانيا على المشهود عليه أولًا بحق غير الأول فإنها تقبل شهادته إن زالت عداوته أو فسقه وزوال العداوة أو الفسق بغلبة الظن الحاصلة من قوة القرائن نفي العداوة برجوعها لما كانا عليه من المحبة وفي الفسق بالتوبة المستمرة وإتصافه بصفات أهل الخير والصلاح على ما تقتضيه غلبة الظن بلا حد بزمن مخصوص كستة أشهر أو سنة كما قيل بكل وقولنا على المشهود عليه أو لا يفهم منه بالأولى قبول شهادته ثانيا على غيره ممن لم يتقدم له عليه شهادة حيث زال ما به من العداوة والفسق وقولنا بحق غير الأول احترازًا مما إذا شهد ثانيا في الحق الأول فإنها لا تقبل شهادته لما فيها من تهمة الحرص على إزالة نقص فيما رد فيه كما مر.

• ص:

وتجريح شاهد العدو وتزكية الشاهد عليه والعكس في القريب لغو.

• ش:

تجريح مبتدأ وتزكية عطف عليه ولغو خبر.

يعني: أنك إذا جرحت الشاهد لعدوك بحق له على غيره وزكيته الشاهد عليه بحق لغيره عليه تجريحك شاهده وتزكيتك الشاهد عليه لغو لا عبرة به لما في ذلك من جلب المضرة لعدوك في الحالتين والقريب بعكس العدو فتجريحك الشاهد على قريبك كأبيك وابنك وتزكيتك الشاهد له لغو لأنك تدفع عنه ضررا في الأول وتجر له نفعا في الثاني ولا يخفي حسن هذا التعبير مع الاختصار والإيضاح.

ثم شرع يتكلم على شهادة الصبيان على بعضهم وهي كالمستثناة من قوله أول الباب: (العدل حر مكلف) فقال:

● ص:

وجاز شهادة حر متعدد ذكر مميز من صبيان اجتمعوا في بعضهم في قتل أو جرح أن انتفت العداوة وإن بين الآباء أو بإسلام وكفر والقرابة وإن غير أكيدة والتفرق والاختلاف في الشهادة وحضور كبير ولا يضر رجوعهم وإن قبل الحكم ولا تجريحهم.

● ش:

قوله: (من صبيان اجتمعوا) الجار والمجرور فيه متعلق بمحذوف صفة أيضًا لحر كالصفات التي قبله وهي متعدد ذكر مميز أي: وجازت شهادة ذكر حر متعدد ذكر مميز كابن من صبيان اجتمعوا في مرعىٰ أو في مراح ونحو ذلك.

وقوله: (في بعضهم) متعلق يجازو بمعنىٰ اللام أي: وجازت شهادتهم لبعضهم علىٰ بعض.

وكذا قوله: (في قتل) متعلق بجاز وفي للظرفية فلا يلزم تعلق حر في جر متحدي اللفظ والمعنىٰ بعامل واحد والجزم بفتح الجيم بدليل قرنة بالقتل.

وقوله: (إن انتفت العداوة) شرط في جواز شهادة الصبيان.

وقوله: (وإن بين الآباء) مبالغة في انتفاء العداوة أي: وجازت شهادتهم إن انتفت العداوة بينهم بل ولو بين آبائهم فحصول العداوة بينهم أو بين أبائهم بمنع شهادتهم ولو كانت العداوة بالإسلام والكفر والقرابة والتفرق والاختلاف وحضور الكبير معطوفات علىٰ العداوة.

والمعنىٰ: أنها تجوز شهادة الصبيان لبعضهم علىٰ بعض في الجراحات والقتل وهو مذهب مالك وجماعة من الصحابة منهم عليّ بن أبي طالب ومعاوية ومنعها الأئمة الثلاث وابن عباس وجماعة وإنما جازت شهادتهم فيما ذكر عند اجتماعهم دون النساء إذا اجتمعن في عرس أو ما تم بفتح الميم والتاء الغوقية بينهما همزة ساكنة وهو الحزن أو في وليمة أو حمام ونحو ذلك؛ لأن اجتماع النساء فيما ذكر

غير مشروع، بخلاف الصبيان فإن اجتماعهم مطلوب لتدربهم على تعليم الرمي والصراع ونحوها مما يعينهم عملي حمل السلاح والكروالفر فلو لم تقبل منهم حينئذ.

والغالب عدم حضور الكبار معهم لأدى عدم القبول إلى هدر دمائهم فجازت شهادتهم للضرورة ولا قسامة في شهادتهم؛ لأنه لا قصاص عليهم وإنما عليهم الدية في العمد والخطأ واصل القسامة في القصاص فإذا انتفت في عمدهم انتفت في خطائهم.

وبعبارة: يجوز شهادة الصبيان على بعضهم بشروطها الآتية الآتية في القتل والجرح لا في الأموال وإنما جازت للضرورة ولأنهم يندبون إلى تعليم الرمي والصراع وغير ذلك مما يدرسهم على حمل السلاح والكرو والفر والغالب أن الكبار لا تحضر معهم فلو لم تقبل شهادة بعضهم على بعضهم لبعض لأدى إلى هدر دمائهم.

وأما شهادة النساء بعضهن لبعضهن على بعضهن في الجراح والقتل عند اجتماعهن في عرس ونحوه فلا تجوز لعدم الأمر باجتماعهن وإنما تجوز شهادة الصبيان بشروط:

الأول: أن يكون الشاهد منهم حرا.

وتضمن ذلك شرطا ثانيا: وهو الإسلام لما في الرقيق من شائبة الكفر فتمحض الكفر أولى فلا تقبل شهادة رقيق ولا كافر.

الثالث: النقد اثنان فأكثر فلا يجوز شهادة الواحد ولو مع يمين.

الرابع: الذكورية فلا تجوز شهادة الإناث من الصبيان وإن كثرن، قاله في المدونة، يريد ولو كان معهن ذكر وهذا يقتضي أن لفظ الصبيان مستعمل في الإناث أيضًا. قاله «خ».

الخامس: التمييز فلا تجوز الشهادة من غير مميز؛ لأنه لا يضبط ما يقول ولا يثبت على ما يفعله.

وهذه الشروط أشار لها «المص» بقوله: حر متعدد ذكر مميز.

وفي الخَرَشي: ولابد أن يبلغ الشاهد نحو عشر سنين فهو شرط سادس.

والسابع: أن يكون الشاهد من صبيان اجتمعوا في رعي ونحوه مما يشرع اجتماعهم فيه فجازت شهادتهم للضرورة حال الاجتماع المشروع تدريبا. قاله «الش»، وقد قدمنا ما يفيده.

وقوله: (للضرورة) تعليل لقول «المص» وجازت شهادة حر والضرورة هي مجموع ثلاثة أشياء عدم حضور الكبار معهم غالبا وإضاعة دمائهم هذا إن لم تقبل شهادتهم ومشروعية اجتماعهم.

وحال في قوله: (حال الاجتماع) بمعنى وقت وهو ظرف للضرورة أي: للضرورة الحاصلة حال أي: وقت اجتماعهم ويحتمل أنه ظرف لشهادة الحر في كلام «المص» أي: وجازت شهادة حر حال الاجتماع ويحتمل أنه ظرف لجاز وكل صحيح.

وقوله: (تدريبا) علة لمشروعية الاجتماع أي: الاجتماع المشروع للتدريب أي: تدريب الصبيان وتمرينهم علما لرمي والصراع وحمل السلاح وركوب الخيل ونحو ذلك لتكون لهم بذلك ومعرفة بالجهاد في سبيل الله.

واحترز «المص» بقوله: (من صبيان اجتمعوا) عما إذا مر عليهم صبي فلا تجوز شهادته عليهم وهذا معنى «الش» لا صبي مر عليهم. اهـ.

الثامن: أن تكون شهادتهم لبعضهم على بعض فلا تجوز شهادتهم لكبير ولا عليه.

التاسع: أن تكون شهادتهم في قتل أو جرح مع وجود القتيل، بخلاف الولادة فإنها تثبت بامرأتين وإن لم يحضر شخص المولود كما في الخَرَشي عند قول الأصل ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب فرج... إلخ، ولا قسامة مع الصبيان. قاله «الش» وقد سبق.

قال ابن عرفة: قال الباجي: إن المدونة أجازت شهادتهم في القتل فقال غير واحد من أصحاب مالك: لا تجوز حتى شهد العدول برؤية البدن مقتولا، ابن رشد: رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله غير واحد من أصحابه.

واحترز «المص» بالقتل والجرح عن شهادتهم في غير ذلك كالأموال فلا تجوز وإلى هذه الشروط الثلاثة وهي السابع والثامن والتاسع أشار بقوله: (من صبيان اجتمعوا في بعضهم في قتل أو جرح).

العاشر: أن لا يكون الشاهد عدوا للمشهود عليه سواء كانت العداوة بين الصبيان أنفسهم أو بين إبائهم وسواء كانت العداوة دنيوية أو دينية بالإسلام والكفر فلا تجوز شهادة الصبي على عدوه ولا على عدو أبيه ولو كانت العداوة بينهم حاصلة بالإسلام والكفر فلا يشهد ولد المسلم على ولد الكافر وإلى هذا أشار بقوله: (إن انتفت العداوة وإن بين الآباء أو بالإسلام والكفر).

وقوله: (أو بالإسلام والكفر) في حيز المبالغة أي: إن انتفت العداوة وإن بين الآباء ولو كانت العداوة بسبب الإسلام والكفر.

الحادي عشر: أن لا يكون الشاهد قريبا للمشهود له ولو كانت القرابة غير أكيدة كابن الخال والخالة لمزيد تعصب الصبيان في مثل ذلك مع ضعف شهادتهم فشدد فيها وإلى هذا أشار بقوله: (والقرابة ولو غير أكيدة) وهو عطف على العداوة كالتعرف والاختلاف وحضور الكبير كما قدمنا أي: إن انتفت العداوة والقرابة... إلخ.

الثاني عشر: أن ينتفي أيضًا تفرقهم؛ لأن التفرق مظنة التعليم ما لم تشهد العدول عليهم بما شهدوا به قبل التفرق وإلا فلا يضر افتراقهم بعد ذلك في شهادتهم.

الثالث عشر: أن ينتفي أيضًا اختلافهم في الشهادة فإن اختلفوا فيها بأن قال بعضهم: قتله أو جرحه فلان، وقال غيرهم: لا بل فلان، لم تقبل شهادتهم ولا يضر سكوت بعضهم كما في «الش».

وإذا شهد اثنان بأن هذين قتلاه وقال المشهد عليهما: بل أنتما قتلتماه، لم تقبل لهم شهادة.

وقال عبد الملك: لو شهد صبيان أنه قتله، وقال الآخر: إنما أصابته دابة فإنه يقضي بشهادة من شهد بالقتل؛ لأن من أثبت حقا أولى والصحيح سقوطها. كما في «خ».

الرابع عشر: أن ينتفي أيضًا حضور كبير بينهم لئلا يعلمهم، والمراد بالكبير البالغ فإن حضر بينهم كبير وقت الجرح أو القتل أو بعده بحيث يمكن تعليمهم لم تقبل شهادتهم وسواء كان البالغ ذكرا أو أنثى حرا أو عبدا، مسلما أو كافرا، واحدا أو متعددا، نعم إن حضر عدلان وقتل القتل أو الجرح فالعبرة بشهادتهما.

وإلى هذه الثلاثة وهي الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر أشار بقوله: والتفرق والاختلاف وحضور كبير وهو عطف على عداوة كما مر أي: أن انتفي التفرق والاختلاف... إلخ.

والخامس عشر: أن لا يكون الشاهد منهم معروفا بالكذب كما في «خ» و«دك».

قال «دك»: وعلم من قوله: (في جرح أو قتل) عدم شهادتهم في المال وظاهره ولو كان عبد معهم جرح أو قتل فلا تقبل. اهـ.

وإذا شهد الصبيان بالشروط المذكورة ثم رجعوا عن تلك الشهادة في حال صغرهم فإنه لا يضر رجوعهم ولو قبل الحكم والعبرة بما شهدوا به أو لا.

وكذا لا يضر تجريحهم من غيرهم أو من بعضهم لبعض لعدم تكليفهم الذي هو رأس أوصاف العدالة إلا التجريح بكثرة كذب في مجرب به فيضر كما في «دك» وأما لو تأخر الحكم لبلوغهم وعدلوا لقبل رجوعهم وهذا يفهم من الضمير في رجوعهم؛ لأنه عائد على الصبيان وهم بعد بلوغهم ليسوا صبيانا. كما قال «خ».

ولما فرغ من الكلام على شروط الشهادة وموانعها شرع يتكلم على مراتبها وهي أربع أربعة عدول أو عدلات أو عدل وامرأتان أو امرأتان وبدأ بالأولى؛ لأنها أعلا البينات فقال:

• **ص:**

وللزنى واللواط أربعة يرفعون مرة يقولون: شاهدنا الإيلاج كلنا في وقت واحد.

• **ش:**

الجار والمجرور المتقدم خبر مقدم وأربعة مبتدأ مؤخر أي: وللشهادة على فعل الزنى واللواط أربعة عدول.

يعني: أن كلا منهما لا يثبت إلا بأربعة عدول يرفعون شهادتهم للحاكم مرة

واحدة يقولون له جميعا شاهدنا الإيلاج أي: إدخال المرود في المكحلة كلنا في وقت واحد فلابد من أن يجتمعوا لها وقت الأداء وإن فرقوا بعد كما يأتي.

وقوله: (في وقت واحد) متعلق بشاهدنا أي: شاهدنا الإيلاج في وقت واحد دفعة واحدة، قال «بن»: أو متعاقبا مع الاتصال، فعلى كلام «بن» يكفي تعاقبهم في الروية إذا اتصلت بأن يروه على التوالي بلا فاصل ويلزم من اتحاد الوقت اتحاد المكان ككونها في ركن البيت الشرقي أو الغربي أو وسطه ونحو ذلك.

والحاصل: أنه لابد من اتحاد وقت الأداء واتحاد وقت التحمل وهو وقت الرؤيا فيلزم اتحاد الرؤيا بأن يروا جميعا في وقت واحد واتحاد مكانها ومن اتحاد الرؤيا اتحاد كيفيتها من اضطجاع أو قيام أو هو فوقها أو تحتها ولابد من ذكر ذلك كله للحاكم بعد تفريقهم كما يأتي.

وبعبارة: يشترط في شهادة الزنى اتحاد وقت الأداء واتحاد وقت الرؤيا بأن يؤدوا في وقت واحد ويذكر اتحاد وقت الرؤيا للقاضي وهل كانت قائمة أو نائمة وهل هي على الجانب الأيمن أو الأيسر وهل هو أعلاها أو أسفلها وهل كانت في جانب البيت الشرقي أو الغربي أو نحو ذلك. اهـ.

وإذا قالوا: رأينا الإيلاج فيزيدون كالمرود في المكحلة زيادة في التشديد وطلبا لحصول الستر وهل تجب هذه الزيادة أو تندب خلاف ومشى «المص» على الندب كما يأتي.

وبعبارة: لابد في شهود الزنى من أن يشهدوا في وقت واحد بزني واحد لرؤية واحدة وأنه أدخل فرجه في فرج المرأة كالمرود في المكحلة في البكر والثيب وإنما اشترط ذلك؛ لأن مدار الشرع على الستر فضيق الأمر فيه حتى لا يوجد على هذا النمط إلا القيل جدا. اهـ «خ».

وقولنا آنفا: (على فعل الزنى) احترازًا من الإقرار بالزنى واللواط فإنه يكفي فيه عدلان.

قال «دك»: ولما كانت الفضيحة فيهما أشنع من سائر المعاصي شدد الشارع فيهما طلبا للستر. اهـ.

وبعبارة: لا تثبت الشهادة على فعل الزنى واللواط إلا بأربعة عدول، قال تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء:١٥]، وقال تعالى فيما يدفع به حد القذف: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور:٤].

قال «خ»: فإن قلت: لما اختصت شهادة الزنى بالأربعة قيل لقصد الستر ورفع العار للزاني والمزني بها وأهلها ولهذا ما لم يلحق ذلك في القتل اكتفى باثنين وإن كان أعظم من الزنى وقيل؛ لأنه لما كان الزنى لا يتصور إلا من اثنين اشترط أربعة ليكون على كل واحد اثنان وقيل لما كانوا الشهود مأمورين بالستر ولم يفعلوا غلظ عليهم في ذلك سترا من الله على عباده. اهـ.

وفي كلام المؤلف نكتة حسنة وهي التدلي؛ لأنه بدأ بالمرتبة العليا وهي الأربعة ثم ثني بما تليها وهي عدلان فيما ليس بمال ولا أيل إلى المال ثم ثلث بم تلى الثانية وهي عدل وامرأتان في المال وما يؤل إليه ثم أتى بالرابعة وهي امرأتان فيما لا يظهر للرجال كالولادة.

• ص:

ولهم نظر العورة.

• ش:

يعني: أن شهود الزنى واللواط إذا أرادوا الشهادة عليهما فإنه يجوز لهم نظر العورة قصدا ليعلموا كيف يؤدون الشهادة فلا يقدح نظرهم العورة في شهادتهم لذلك.

وكذا لا يقدح فيهم إقرار الزاني على الزنى وعدم التغيير عليه كما في الحطاب وغيره؛ لأنهم اعتقروا لهم سرعة الرفع للحاكم وخشية إحداث عداوة بينهم وبين الزاني في حال التغيير مع إثنان الحد على الزاني بشهادتهم عليه أي: اعتقروا لهم سرعة الرفع وخشية إحداث العداوة مع إثبات الحد وقد قيل: إن الحدود تجبر ذلة الذنب، هذا معنى عبارة «الش» ونصها: وكذا لا يقدح فيهم الإقرار على الزنى كما في «خ» وغيره كأنهم اعتقروا سرعة الرفع وخشية إحداث عداوة في التغيير مع

إثبات الحد. اهـ.

وقوله: وكذا؛ عطف على محذوف يفهم من كلام «المص» أي: أن لهم نظر العورة من الزاني والزانية ولا يقدح فيهم نظرها وكذا لا يقدح فيهم الإقرار... إلخ. وسرعة مفعول اغتفروا وخشية عطف على سرعة كما فهم مما سبق ومع ظرف متعلق باغتفروا أي: فكأنهم اغتفروا لهم سرعة الرفع وخشية العداوة التي تحدث بينهم وبين الزاني بسبب التغيير والإنكار عليها فتبطل بها شهادتهم أي: أنهم اغتفروا لهم هذين الأمرين مع إثبات الحد على الزاني والحد جابر للذنب ويحتمل أن خشية معطوف على معين كأنهم اغتفروا؛ لأنه في معنى العلة لعدم القدح فيهم أي: ولا يقدح فيهم الإقرار على الزنى لاغتفارهم سرعة الرفع ولخشية إحداث عداوة في التغيير مع إثبات الحد؛ لأنه جابر للذنب ولما لم يكن هذا التعليل مجزوما به أتى بالكانية فقال: كأنهم اغتفروا... إلخ. وإثبات بالتاء المثلة والباء الموجدة والتاء المثناه الفوقية مصدر أثبت وفي بعض النسخ إتيان بالمثناة الفوقية والياء التحتية والنون مصدر أتى يأتي أي: ولا يقدح فيهم الإقرار على الزنى؛ لأنهم اغتفروا سرعة الرفع وخشية إحداث عداوة مع إتيان الحد على الزاني بعد أداء الشهادة هذا ما ظهر لي في فهم هذه العبارة والله المستعان.

ثم إن محل جواز نظر العورة للشهود إذا كانوا أربعة عدولا وإلا فلا يجوز لعدم قبول الشهادة في الزنى واللواط من غيرهم وهذا القيد يستفاد من رجوع الضمير في قوله: (ولهم نظر العورة) إلى الأربعة المتقدم ذكرها في قوله: (وللزنى واللواط أربعة)، وإنما جوزوا رؤية العورة هنا ومنعوها النساء عند اختلاف الزوجين في عيوب الفرج وجعلوا المرأة مصدقة ولا ينظرها النساء؛ لأنهم لما شددوا على شهود الزنى ما لم يشددوا على غيرهم أباحوا لهم ذلك لتتم لهم الشهادة.

وبعبارة: إنما جاز لهم نظر العورة هنا ولم يجز ذلك في عيوب الفرج لثلاثة أوجه ذكرها ابن عرفة:

الأول: أن الحد حق لله وثبوت العيب حق للآدمي وحق الله أوكد؛ لقوله في المدونة فيمن سرق وقطع يمين رجل عمدا: يقطع للسرقة ويسقط القصاص.

الثاني: ما لأجله النظر وهو الزنى فحقق وثبوت العيب محتمل على السواء.

الثالث: المنظور إليه في الزنى إنما هو مغيب الحشفة ولا يستلزم ذلك من الإحاطة بالنظر إلى الفرج ما يستلزمه النظر إلى العيب. أفاده «حش».

● ص:

وتفريقهم وزيادة كالمرود في المكحلة مندوب على أظهر القولين.

● ش:

تفريقهم مبتدأ وزيادة عطف عليه ومندوب خبر وأفرد باعتبار التأويل بما ذكر أي: أن ما ذكر من التفريق والزيادة مندوب.

وقوله: (على أظهر القولين) راجع لهما كما في مُحَشِّي الخَرَشي وغيره ومقابل الأظهر الوجوب.

يعني: أنه يندب للقاضي أن يفرق شهود الزنى فقط دون غيره ليسأل واحد منهم على حدته كيف رأى وفي أي: وقت وفي أي: مكان رأى فإن اختلفوا أو بعضهم بطلت شهادتهم وحدوا كما يأتي.

وكذا يندب أن يزيد الشهود على ما سبق كالمرود في المكحلة بأن يقولوا شاهدنا الإيلاج كالمرود في المكحلة أي: كإيلاج المرود في المكحلة، والمرود بكسر الميم وهو معروف، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب، وإنما طلب ذلك ندبا أو وجوبا؛ لأن مدار الشرع على الستر، فضيق فيه الأمر حتى لا يوجد على هذا النمط إلا القليل جدا كما مر.

● ص:

وينبغي سؤالهم عن الكيفية.

● ش:

قوله: (ينبغي) هكذا نص المدونة فحمله أبو الحسن على الوجوب خلافًا لما في الأصل من الندب. قاله «الش».

وقال «دص»: قال فيها: ينبغي إذا شهدت بينة عنده بالزنى أن يكشف على شهادتهم وكيف صنع فإن رأى في شهادتهم ما تبطل به الشهادة أبطلت. اهـ.

قال أبو الحسن: انظر قوله: ينبغي هل معناه يجب أو هو على بابه الأقرب الوجوب. اهـ.

وقوله: (وينبغي سؤالهم) أي: بعد تفريقهم وتفريقهم إنما يكون بعد أداء الشهادة على الوجه المتقدم وهو أن يرفعوا مرة واحدة ويقولون شاهدنا الإيلاج... إلخ. نقل المواقف عن المدونة وجه الشهادة في الزنى أن يأتي الأربعة الشهداء في وقت واحد يشهدون على وطئ واحد بصفة واحدة فبهذا تتم الشهادة. انتهى.

فإذا أتوا بها على هذا الوجه فرقهم الحاكم وسالم عن كيفية الرؤية ومكانها وزمانها فيقول: كيف رأيتموه يفعل بها؟ وهل كانت على ظهرها أو على جنبها أو على بطنها؟ وهل كان ذكره كالمرود في المكحلة أم لا؟ وهل كانا قائمين أو راقدين؟ وهل كان تحتها أو فوقها؟ وهل في ركن البيت الشرقي أو الغربي أو وسطه؟ وهل كان ذلك في الليل أو في النهار؟ ونحو ذلك، فإن اتفقوا في جميع ما ذكر ثبت الزنى، وإن اختلفوا في شيء من ذلك حدوا وبطلت شهادتهم.

● ص:

كالسرقة وما هي.

● ش:

تشبيه في طلب سؤال الشهود؛ أي: وكذا ينبغي للحاكم سؤال شاهدي السرقة عن كيفيتها وما هي ليتوصل بذلك إلى قطع اليد أو عدمه فيقول لهم كيف أخذها السارق وإلى أين ذهب بها وهل كان ذلك في ليل أو نهار وما هي أي: من أي: الأنواع هي فإن اختلفوا في شيء من ذلك بطلت شهادتهم.

● ص:

فإن اختلفوا حدوا.

● ش:

هذا مرتب على قوله: (وينبغي سؤالهم عن الكيفية).

يعني: أنه ينبغي للحاكم أن يسألهم عن الكيفية فإن اختلفوا فيها حدوا للقذف، كأن قال بعضهم: أكرهها، وقال الباقي: أطاعت بالزني.

ثم ذكر المرتبة الثانية فقال:

● ص:

ولما لا يؤول لمال عدلان كالخلع وأنه كاتبه.

● ش:

الجار والمجرور خبر مقدم وعدلان مبتدأ مؤخر والجملة عطف على الجملة السابقة وهي قوله: (وللزنى واللواط أربعة) أي: وللشهادة على ما لا يئول لمال عدلان ويئول بمعنى يرجع.

يعني: أن ما ليس بمال ولا يؤول إليه لا يثبت إلا بعدلين وذلك كالخلع أي: أصل الخلع وأما قدر الخلع أو كون الطلاق على خلع بعد الإنفاق على أصل الطلاق فمن الماليات وكالطلاق بغير خلع ومنه في «عج» حلف شخص بطلاق أو عتاق أن بزوجته عيبا فنظرت أمرأت أو أكثر ونفت العيب فلا يلزمه اليمين؛ لأن الطلاق والعتاق لا يلزم بشهادة النساء وكالعتق والإحصان وكدعواه أنه كاتبه وأما نجوم الكتابة فمن الماليات كما يأتي.

وعبر بقوله: (وأنه كاتبه) ولم يقل: وكتابة؛ لئلا يتوهم أن المراد بالكتابة النجوم مع أنها من الماليات كما عرفت وكالوصية بغير مال وكالتوكيل على غير مال كتوكيل على نكاح أو طلاق وكشرب خمر وقذف وقتل عمد وكالتدبير والولاء والإسلام والردة. كما في «خ».

وكالرجعة تدعيها الزوجة على زوجها المنكر وكالنكاح والنسب والاستلحاق والعفو عن القصاص وكالعدة أي: تاريخ الموت والطلاق وأما انقضاء العدة فالقول فيه للزوجة. كما في «خ». فجميع هذه الدعاوى لا تثبت إلا بعدلين.

وأشار للمرتبة الثالثة بقوله:

● ص:

وفي الماليات عدل وامرأتان أو أحدهما بيمين.

● ش:

يعني: أن الماليات وهي المال وما آل إليه يكفي فيها عدل وامرأتان عدلتان أو

أحدهما مع يمين أي: عدل فقط مع يمين أو امرأتان فقط مع يمين من المشهود له فالباقي يمين بمعنى مع والضمير المثنى في أحدها راجع للعدل والمرأتان فهما بمنزلة العدل الواحد، ثم مثل لذلك بقوله:

● ص:

كالوقف ونجوم الكتابة أو أنه اشترى زوجته أو حكم له بمال كقول الغرماء أعتق بعد الدين، ولا يقبل من السيد والعبد إلا عدلان.

● ش:

يعني: أن ما يكفي فيه عدل وامرأتان أو أحدهما مع اليمين كالوقف خلافًا لما في الخَرَشي من جعله من الأول وهو ما لا يثبت إلا بعدلين.

وكذا نجوم الكتابة إذا اختلفا في قدرها أو حلولها أو أدائها فإنها تثبت بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين.

وكذا قدر الخلع إذا اختلفا فيه، وكذا البيع والشراء وقبض الثمن وقدره والأجل إذا ادعاه المشتري وخالفه البائع والجارية يدعيه أحدهما ويخالفه الآخر؛ لأنه يؤول للمال والشفعة إذا ادعى المشتري إسقاطها بوجه ما وخالفه الشفيع والإجارة إذا اختلفا في أصل العقد أو في قدر العوض أو الأجل ونحو ذلك وكجرح خطأ ادعاه المجروح على منكر أو جرح عمد فيه مال كجاينة فكل ذلك يكفي فيه عدل وامرأتان أو أحدهما مع يمين.

وكذا إذا ادعى الزوج أنه اشترى زوجته ألقن من سيدها وأنكر السيد فيكفي زوجها عدل وامرأتان أو أحدهما مع يمين؛ لأنها دعوى مالية وأما فسخ النكاح فتبع للشراء وإلا لم يثبت إلا بعدلين.

وكذا من حكم له بمال لم أراد أخذه في غير محل الحكم أو بعد موت الحاكم وعنده شاهد أو امرأتان على حكم الحاكم له به فإن ذلك يكفي مع اليمين كما أشار لذلك بقوله: (أو حكم له بمال) أي: أنه إذا ادعى أنه حكم له بمال فإنه يثبت الحكم بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين.

وكذا إذا قال الغرماء: إن السيد المدين أعتق عبده بعد الدين فلا ينفذ عتقه بل

نرده وبيعه في ديننا، وقال السيد: أنا أعتقته قبل الدين فعتق لا يرد وليس لكم بيعه فيكفي الغرماء الشاهد والمرأتان أو أحدهما مع اليمين ويبطل العتق ويباع في الدين وإلى هذا أشار بقوله: (كقول الغرماء أعتق بعد الدين) أي: وقال السيد: قبل الدين هذا حكم دعوى الغرماء أرباب الديون، وأما السيد إذا ادعى أن العتق بعد الدين أو ادعى العبد ذلك وهو أن العتق بعد الدين فإنه لا يقبل من السيد أو العبد إلا عدلان ولا يكفي عدل وامرأتان أو أحدهما مع يمين للتهمة؛ أي: لأن السيد يتهم على إبطال العتق ليوفي دينه والعبد يتهم على الرغبة في البقاء على الرقية كما في حاشية الخَرَشي ردًا على «عب» و«شب» كما يفيده «حش».

● **ص:**

والوصية فيها نفع للوصي تثبت بشاهد ويمين وإلا فإن كانت في مجرد المال فشاهد وامرأتان وإلا فعدلان.

● **ش:**

قوله: (وإلا فإن كانت... إلخ) مفهوم قوله: (فيها نفع للوصي) أي: وإلا يكن فيها نفع له فإن كانت في مجرد المال... إلخ.

وقوله: (وإلا فعدلان) مفهوم قوله: (في مجرد المال) أي: وإلا تكن في مجرد المال بأن كانت في غير المال.

والمعنى: أن الشخصي إذا ادعى أنه وصي عن الميت في كذا فإن كان في هذه الوصية نفع لهذا الوصي كما إذا كانت بأجرة فإنها تثبت بشاهد ويمين من الوصي وإنما حلف لوجود النفع الذي له في الوصية ومثل الشاهد المرآتان فإن كانت في مجرد المال كان يدعى أنه جعله وصيا على أن يفرق من ماله كذا على الفقر أو يحج بها عنه أو يوفي به دينه فإنها تثبت بشاهد وامرأتين لا بأحدهما مع يمينه إذ لا يحلف الشخصي ليستحق غيره وبها يلغز فيقال: دعوى مالية لا تثبت بالشاهد واليمين وهذا معنى قول «الش»: ولا يحلف ليستحق غيره وبه يلغز؛ لأن الشأن التلازم. اهـ.

وقوله: ولا يحلف؛ أي: شاهد فقط أو مع امرأتين فقط.

وقوله: يستحق؛ تعليل للحلف المنفي؛ أي: لا يحلف لأجل أن يستحق غيره وهو الموصَى له كالفقراء وقوله؛ لأن الشأن التلازم تعليل؛ لقوله وبه يلغز؛ أي: وإنما ألغز بذلك؛ لأن الشأن في الماليات تلازم الحلف مع الشاهد الواحد ومع المرآتين هذا إيضاح كلامه رحمه الله وأما إذا كانت الوصية في غير المال والموضوع أنه لا نفع فيها للوصي فلا تثبت إلا بعدلين كمطلق وصي بلا قيد مال أو غيره فلابد من العدلين ودعوى الوكالة عن الحي كدعوى الوصية عن الميت في جميع ما سبق فإذا ادعى الوكالة عن غائب فإن كان له في الوكالة نفع كأجرة أو رهن كان يدعي أنه وكله على قبض سلعة ليجعلها عنده رهنا في دينه الذي له على الموكل فإنها تثبت الوكالة بشاهد ويمين أو امرأتين مع اليمين فإن نكل الوكيل حلف الموكل وبطلت الوكالة وإن لم يكن له فيها نفع فإن كانت على مجرد التصرف في المال فشاهد وامرأتان لا أحدهما مع يمين لما سبق فإن كانت في غير مال فعدلان كمطلق وكيل بلا تقييد بمال أو غيره.

تنبيه:

يثبت القصاص في جرح العمد بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين وهي إحدى المستحسنات الأربع إذ هي ليست بمال ولا أبله له ذكره الأصل وشراحه.

ثم ذكر المرتبة الرابعة بقوله:

• ص:

ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة واستهلال فيثبت النسب ويرث ويورث وحيض أمة وعيب فرجها كالحرة إن مكنت وإلا صدقت.

• ش:

يعني: أن الأمور التي لا تظهر للرجال تثبت بامرأتين عدلتين بلا يمين وذلك كالولادة فإنها تثبت بامرأتين ولو لم يحضر شخص المولود على المشهور وأما في شهادة الصبيان المتقدمة فلابد من مشاهدة البدن مقتولا كما مر هناك ولا فرق فيما ذكره «المص» بين ولادة الحرائر والإماء فإنه يعمل بشهادتهما وتثبت أمومة الولد بشهادتهما بولادة الأمة إن لم ينفه السيد لزوما كما أفاده الشيخ العدوي.

وأما ادعاء الأمومة بعد الموت مثلا فلابد فيه من عدلين حتى تثبت لها أمومة الولدكما لابن عرفة وكاستهلال المولود صارخا أو عدم استهلاله فإنه يثبت بامرأتين وإذا ثبت الولادة واستهلال المولود بهما فيثبت نسبة ويرث من مات قبله كأبيه ويورث أي: يرثه من تأخر بعده من ورثته ومثل ذلك ذكورته أو أنوثته فتثبت بهما ولا فرق بين الحرائر وإلا ما في ثبوت استهلال أو لا دهن بامرأتين وكحيض أمة مواضعه أو مستبرأة فإنه يثبت بامرأتين عند تنازع المتابعين.

قال «الش»: في «حش» عن كبير الخَرَشي ولا يصدق أمته في استبرائها إذا أراد بيعها بل لابد من امرأتين. اهـ.

وأما الحرة فمصدقة في حيضها وكعيب فرجها أي: الأمة إذا اختلف فيه البائع والمشتري فإنه يثبت بامرأتين كعيب فرج الحرة إذا ادعاه الزوج وأنكرت فإنه يثبت بامرأتين إن مكنت من رؤية فرجها أو كان العيب بغير الفرج بمعنى المحل المخصوص كما في حاشية الخَرَشي، فإن لم تمكن من ذلك أو كان العيب بالفرج بمعنى المحل المخصوص صدقت في نفي عيب فرجها ولا ينظرها النساء وفصل رة بالكاف ليرجع القيد لها إلا للأمة.

وقوله: (وإلا صدقت) مفهوم (العبد) أي: ولا تمكن صدقت.

وبعبارة: إذا اختلف البائع والمشتري في عيب فرج الأمة فإن النساء ينظرن إليها، بخلاف الحرة فهي مصدقة في عيب فرجها ولا ينظر النساء لها والمراد بالفرج ما بين السرة والركبة. اهـ «خ».

● **ص:**

ودعوى موت من لا زوجة له ولا من يعتق بموته أو سبقية أو نكاح بعد الموت في مال.

● **ش:**

دعوى مبتدأ، وقوله: (في مال) متعلق بمحذوف خبر أي: إن دعوى هذه الأمور الثلاثة كأبنة في مال وهو الإرث والصداق في دعوى النكاح فتثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما مع يمين وأما غير المال وهو النكاح فلا يثبت إلا بعدلين كما أشار لذلك

بقوله: لا غيره إلا بعدلين، ومن الأولى: واقفة على شخص؛ أي: موت شخص لا زوجة له ومن الثانية واقفة على رقيق أي: وليس له رقيق يعتق بموته من مدبر أو أم ولد.

وقوله: (أو سبقية أو نكاح) عطف على موت أي: أو دعوى سبقية أو دعوى نكاح.

والمعنى: أنه إذا ادعى أحد موت رجل لا زوجة له ولا رقيق يعتق بموته كالمدبر وأم الولد والموصي بعتقه فإن هذه الدعوى مالية؛ لأنه لم يبق إلا الإرث فتثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما مع يمين.

قال ابن القاسم في المدونة: إذا مات رجل فشهد بموته امرأتان ورجل، فإن لم يكن له زوجة ولا وصي بعتق عبد وليس له مدبر وليس إلا قسمة المال فشهادتهن جائزة.

وكذا دعوى السبقية في الموت بين متوارثين كزوجين أو غيرهما فإنها مالية تثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما مع يمين فإذا مات كل من زوجين مثلا وادعى سبق موت الزوج لموت الزوجة أو عكسه فإن ذلك يثبت بما ذكر.

وكذا دعوى النكاح بعد موت أحد الزوجين فهي دعوى مالية فإذا ادعت امرأة بعد موت رجل أنه كان تزوجها بصداق معلوم وأقامت على ذلك شاهد أو امرأتين أو أحدهما وحلفت معه فإنه يثبت بذلك المال فترثه وتأخذ صداقها من تركته ولا يثبت بذلك النكاح فلا عدة عليها في ظاهر الحال ولا تحرم على أصوله وفروعه.

وكذا إذا ادعى رجل بعد موت امرأة إنها زوجته فإنه يثبت بذلك الإرث النكاح فلا تحرم عليه أصولها ولا فروعها في ظاهر الحال.

● **ص:**

وثبت المال لا القطع بشاهد ويمين على السرقة.

● **ش:**

يعني: أنه يثبت المال المسروقه بشاهد ويمين على السرقة ومثل الشاهد واليمين ما في حكمها وهو عدل وامرأتان أو امرأتان مع يمين ولا قطع على المشهود عليه

ويضمن السارق المال المسروق ولو كان معسرا على الصواب؛ لأنه لم يقطع حتى تجتمع عليه عقوبتان القطع وإتباع الذمة بالمال.

وقوله: (لا القطع) أي: فلا يثبت بشاهد ويمين.

ويعبارة: إذا شهد على مكلف بسرقة شاهد وامرأتان أو أحدهما مع يمين فإنه يثبت على السارق المال دون القطع ويضمنه ضمان الغاصب أي: سواء كان مليا أو معدما.

● ص:

كقتل عبد آخر.

● ش:

تشبيه في ثبوت المال دون بشاهد ويمين غيره فتضمن القيمة جناية ولا قصاص.

يعني: أنه إذا قتل عبد آخر وشهد عليه بذلك شاهد وامرأتان أو أحدهما مع يمين من السيد فإنه يثبت المال دون القصاص فيغرم سيد القاتل قيمة المقتول أو رقية القاتل إن لم يفده ولا قصاص إذ لا يقتل عبد بمثله إلا بشهادة عدلين.

ولما قدم حكم مراتب الشهادة الأربع إذا تمت ذكر ما يترتب عليها قبل تمامها وبدأ بمسألة الحيلولة ويقال لها: الإيقاف، ويقال لها: العقلة بضم العين المهملة من العقل وهو المنع فقال:

● ص:

وحيل غير المأمون من أمة نوزع فيها بعدل أو اثنين يزكيان.

● ش:

قوله: (حيل) بمعنى منع وغير المأمون صفة لمحذوف ومن أمة متعلق بحيل وجملة توزع صفة لأمة أي: بأن ادعاها شخص بحرية أو ملك.

وقوله: (بعدل) الباء فيه للسببية أي: متعلقة بحيل.

وقوله: (أو اثنين) عطف على عدل وجملة يزكيان بفتح الكاف صفة لاثنين أي: ومنع الشخص الغير المأمون من التصرف في أمة نازعة غيره فيها بسبب إقامة عدل واحد أو اثنين يتحاجان للتزكية.

يعني: أن من بيده أمة ونازعه إنسان فيها بحرية أو ملك وأقام على ذلك شاهد عدلا أو أقام شاهدين مجهولين يحتاجان إلى من يزكيهما فإنه يحال بينه وبينها أي: يمنع من التصرف فيها إن كان غير مأمون مطلقًا طلبت الحيلولة فيها أو لا كانت رابعة أو لا لحق الله تعالى في صيانة الفروج فإن كان مأمونا لم يمنع منها على الراجح وأما لو كان المدعى فيه شيئًا معينا غير الأمة ففي ذلك تفصيل أشار له بقوله:

● ص:

كغير الأمة إن طلب منعه إلا أن يفسد فيوقف ثمنه بهما كبه إن رجى آخر وإلا فإن أبى الحلف بقي بيد المطلوب إن حلف حتى يأتي بآخر.

● ش:

قوله: (كغير الأمة) تشبيه في المنع والحيلولة وغير الأمة شامل للعقار وغيره، وقال «بن»: إلا العقار فلا يمنع منه لقول ابن القاسم: العقار لا يحال وإنما يمنع من إحداث شيء فيه.

وقوله: (فيوقف ثمنه) أي: بعد بيعه.

فقوله: (بهما) أي: بالمحتاجين للتزكية.

فقوله: (كبه) أي: بالعدل.

وقوله: (وإلا فإن أبى) مفهوم قوله: (إن رجى آخر) أي: وإلا يرج آخر فإن أبى... إلخ.

والمعنى: أن المتنازع فيه إذا كان شيئًا معينا غير أمة كعبد ودابة وثوب وسفينة ونحو ذلك وأقام المدعى لذلك عدلا واحدا أو اثنين يحتاجان للتزكية فإن المدعى عليه غير المأمون يمنع من التصرف فيه إن طلب المدعى منه، فإن لم يطلب منعه لم يمنع وهذا فيما لا يفسد بالتأخير وأما ما يفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه فإنه يباع ويوقف ثمنه بيد عدل فإن تلف أو ضاع كانت مصيبة ممن قضى له به وإنما يباع ويوقف ثمنه بسبب إقامة المدعى اثنين محتاجين للتزكية، وكذا بإقامة العدل إن رجى المدعى عدلا آخر، فإن لم يرج آخر حلف مع العدل واستحقه بالشاهد واليمين فإن أبى الحلف مع العدل بقي المتنازع فيه بيد المطلوب إن حلف لرد

شهادة الشاهد ويبقى بيده حتى يأتي الطالب بعدل آخر وهل يبقى بيد المطلوب حوزا فيضمنه ولو هلك بسماوي؛ لأنه متعد بوضع يده عليه بيمينه الذي رد به شهادة العدل أو يبقى بيده ملكا فلا يضمنه إذا هلك بسماوي خلاف والراجح الأول كما في «الش»، فإن لم يحلف المطلوب لرد شهادة العدل استحقه الطالب بشهادة العدل مع نكول المدعى عليه.

● **ص:**

وإن أقمت عدلا أو بينة سماع لا تثبت فلك وضع القيمة لتذهب به لقاض بينتك ببلده.

● **ش:**

يعني: أنك إذا ادعيت شيئا بيد غيرك كعبد أو دابة أو غير ذلك وأقمت عليه عدلا واحدا وأبيت الحلف معه أو أقمت عليه بينة سماع لا تثبت لك ما تدعيه بأن لم تقطع بأن هذا الشيء المدعى فيه حقك أو لم تعين العبد مثلا كان قالت: لم نزل نسمع من ثقات وغيرهم أنه ذهب له عبد مثلا مثل هذا أو حفته كذا ولم نعرف عينه فإن لك أن تضع قيمة العبد مثلا عند القاضي أو نائبه أو عند أمين بإذن القاضي لأجل أن تذهب بالعبد لقاضي بنيتك الشاهدة لك على عين عينه وثبت عنده أنه عبدك أنهى للقاضي الأول أنه يثبت عندنا أن هذا العبد لمدعيه فتستحق العبد أو تأخذ القيمة الموضوعة عند القاضي الأول وضمان العبد في حال ذهابك إلى القاضي عليك لأنك أخذته لحقك لأعلى وجه الأمانة كما في «حش».

ومفهوم قوله: (لا تثبت): أن بينة السماع إذا أثبت بأن قالت: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن هذا العبد مثلا بعينه هو الذي ذهب له أخذه مدعيه لكن مع يمين أن كان بيد حائز.

● **ص:**

لا أن انتفيا وقلت أحضر بينة إن زادت على يومين.

● **ش:**

ضمير التثنية يرجع للعدل وبينة السماع.

يعني: أنه إذا انتفي العدل وبينة السماع بان لم تقم واحدا منهما وطلبت إيقاف العبد مثلا على يدأمين حتى تحضر بنيتك القاسية فإنك لا تجاب لذلك إن زادت بنيتك على مسافة يومين لأنك تحمل على إنك قصدت أضرار المالك بمنعه الانتفاع بملكه في تلك المدة أما إذا ادعيت بينه على يومين فأقل أو حاضرة بالبلد تجاب لذلك فيوقف الشيء المتنازع فيه حتى تأتي بنيتك ويوكل القاضي به من يحفظه في مدة الإيقاف فإن جبت بالبينة عمل بمقتضاها وإلا سلمه القاضي لربه بعد يمينه من غير كفيل.

● ص:

وغلة الموقوف للمطلوب ونفقته على من أخذه.

● ش:

قوله: (ونفقته) أي: الموقوف أي: النفقة عليه في زمن إيقافه ومنه زمن الذهاب بالعبد مثلا لقاضي بنيتك ببلده كما تقدم.

يعني: أن الغلة الحاصلة من الشيء الموقوف من أمة أو عبدا أو غير ذلك تكون للمطلوب إلى يوم القضاء؛ لأن الضمان منه وأما نفقة الموقوف فعلى من أخذه بالقضاء فكل من قضى له به وفالنفقة عليه من يوم الإيقاف إلى يوم القضاء الكشف الغيب أنه على ملكه من يومئذ ويرجع المطلوب بها على الطالب إذا أنفق عليه زمن الإيقاف وأما قبل زمن الإيقاف فالنفقة على من هو بيده كالغلة اتفاقًا وظاهر كلامه كالأصل إن نفقة الموقوف على من أخذه سواء كان له غلة أو لا وهو كذلك عند ابن القاسم وهو المعتمد، والله أعلم.

ولما كانت الشهادة على الخط ثلاثة أقسام على خط المقر وعلى خط الشاهد والميت أو الغائب غيبة بعيدة وعلى خط نفسه ذكرها «المص» على هذا الترتيب فقال:

● ص:

وجاز عدلان على خط مقر مطلقا.

● ش:

قوله: (عدلان) فاعل جاز وهو على حذف مضافين أي: إذا شهادة عدلين أي: وجاز

لعدلين أداء شهادتهما على خط مقر ففاعل جاز في المعنى محذوف وهو أداء الشهادة.

وقوله: (على خط مقر) أي: على إقراره بخطه فلا يعتبر إنكاره بلسانه؛ لأن القلم أحد اللسانين ولا تحتاج الشهادة على الخط اليمين استظهار من حيث كونها شهادة على الخط أما المسائل التي تقدم الاحتياج فيها ليمين الاستظهار فلا فرق فيها بين الشهادة على الخط وغيرها أفاده «حش» ويمين الاستظهار هي يمين القضاء.

وفي «خ»: أنه لابد من يمين القضاء وهي أن يحلف ما باع ولا وهب ولا أبرأ ونحو ذلك.

وقوله: (مطلقًا) أي: ولو في غير المال كالطلاق.

وقوله: (مقر) أي: في الماضي وأما الآن فهو منكر وسماه مقرا باعتبار خطه إذ فيه أقر فلان إن لفلان عنده كذا مثلا.

والمعنى: أنه يجوز شهادة عدلين على خط مقر باعتبار خطه وإن كان منكرا بلسانه فإذا شهدا بأن هذا خط فلان وفي خطه أقر فلان بأن في ذمته لفلان كذا أو أنه وصله من فلان كذا أو أنه طلق زوجته لزمه ما في خطه وسواء كانت الوثيقة كلها بخطه أو الذي بخطه نفس الإقرار أو أنه يكتب فيها المنسوب إلى فيه صحيح ولابد في الشهادة على الخط من عدلين. كما قال «المص». وإن كان الحظ مما يثبت بالشاهد واليمين؛ لأن الشهادة على الحظ كالنقل ولا ينقل عن الواحد إلا اثنان ولو في المال على الراجح وإذا عدمت البينة الشاهدة على الحظ فالأحسن قول اللخمي وهو أن يجبر المدعي عليه على أن يكتب ما يظهر به خطه ويكثر من الكتابة بقدر ما يؤمن به التغير في الحظ ورجح القول بأنه لابد في الشهادة على الخط من حضور الخط المشهود عليه فلا يشهد عليه في غيبته وإذا شهد عدلان اعلى الخط عمل بمقتضى شهادتهما إذا استوفيت الشروط ولا يمين على المدعى معها بناء على الشهادة على الخط كالشهادة على اللفظ وإذا شهد على الخط عدل واحد فلا يحلف الطالب معه ويستحق في الأموال كما مر وهو المعتمد وقيل يحلف معه ويستحق واعتمده بعضهم أيضًا ولا تقبل الشهادة على الخط إلا من فطن عارف بالخطوط ولا يشترط إن يكون الشاهد قد أدرك صاحب الخط كما يأتي.

ثم أشار للقسم الثاني مشبها له بالأول فقال:

● **ص:**

كشاهد مات أو غاب وشق حضوره في الأموال.

● **ش:**

أي: وتجوز الشهادة على خط شاهد مات أو غاب وشق حضوره لبعد غيبته أو جهل مكانه، فإن لم يشق حضوره لم تجر الشهادة على خطه ولو كان امرأة فليست الشهادة على خطها كالنقل عنها يجوز لو لم تغب؛ لأن الشهادة على الخط ضعيفة لا يصار إليها مع إمكان غيرها فعلم بذلك إن المرأة تجوز الشهادة على خطها كالرجل إن ماتت أو غابت وشق حضورها، بخلاف النقل عنها فيجوز بغير شرط مشقة.

وقوله: (في الأموال) راجع لما بعد الكاف فقط أي: أن الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب إنما تكون في الأموال لا في غير الأموال كالطلاق والعتق.

قال «الش»: وما في الأصل من العمل بها على خط الشاهد في غير المال، قال شيخنا: ضعيف، وهل يعمل في الأموال بشاهد ويمين على الخط وفي «بن» اعتماده أو لا كالنقل وفي الخَرَشي وغيره ترجيحه خلاف. اهـ.

وقد تقدم قريبا ما يفيده فتحصل من كلام «المص» أن الشهادة على خط المقر جائزة مطلقًا في الأموال وغيرها كالطلاق والعتق وأما الشهادة على خط الشاهد فتختص بالأموال وهو المعتمد.

ولما كان لجواز الشهادة على الخط شرطان:

أحدهما: عام في الشهادة على خط المقر والشاهد.

والثاني: خاص بخط الشاهد.

أشار لهما مقدما العام فقال:

● **ص:**

إن تيقن أنه خطه ولو لم يدركه.

● **ش:**

يعني: أن شرط الشهادة على خط المقر والشاهد بنوعية أن تيقن البينة أن الخط

المشهود عليه هو خط المقر أو الشاهد بعينه وإنما يكون ذلك من الفطن العارف بالخطوط.

فقوله: (إن تيقن) يفيد أنه يشترط أن تكون الشهادة من فطن عارف بالخط ويؤخذ منه أيضًا أنه لابد من حضور الخط كما مر وتجوز الشهادة على الخط ولو لم يدرك الشاهد صاحب الخط؛ لأنه قد يعرف المتأخر خطوط المتقدمين.

قال «دك»: ولا يشترط على الراجح إدراك من شهد على خطه للقطع بأنا نعلم خطوط كثير من الأشياخ الذين لم ندركهم علمناها بالتواتر.

وبعبارة: يشترط في الشهادة على خط المقر والشاهد أن تعرف البينة خط المقر أو الشاهد معرفة تامة لا شك فيها ولا ريبة أي: تعرفه كمعرفة الأشياء المعينة من ثياب أو حيوان أو آدمي فلابد فيها من القطع.

ثم أشار للشرط المختص بخط الشاهد بنوعية فقال:

● ص:

وأنه عدل من تحمله لموته.

● ش:

يعني: أنه يشترط في الشهادة على خط الشاهد الميت والغائب أن صاحب الخط عدل من وقت تحمله للشهادة ووضع خطه في الوثيقة إلى موته أو غيبته، وهذا الشرط يغني عن شرط آخر ذكره الأصل وهو أن تعرف بينة الخط أن صاحب الخط كان يعرف من شهد عليه أن يعرف نسبه أو عينه، فإن لم تعرف البينة ذلك لم تشهد على خطه لاحتمال أنه شهد على من لا يعرف وإنما أغني ذلك الشرط عما في الأصل؛ لأن العدل لا يشهد إلا على من يعرف، ولهذا أشار «الش» بقوله: ويغني ذلك، عما في الأصل أنه يعرف من شهد عليه فإن العدل لا يشهد إلا على من يعرف. اهـ.

وبقي شرط آخر وهو أن لا يكون في الوثيقة ريبة من محو أو كشط وإلا فلا تجوز الشهادة عليه، اعتذر عن ذلك أم لا، على المذهب. قاله «خ»، ومثله في «عب».

لكن في التوضيح أن محل اشتراط المحو انتفاء المحو والريبة إذا لم يكن

معتذرا عنه في الوثيقة فإذا كان معتذرا عنه فهو من زينة الوثيقة على ما قاله بعض كبار الشيوخ؛ لأنه يدل على أن الشاهد تثبت في شهادته ونقصها بعد كتبها اللهم إلا أن يحمل كلام «خ» و«عب» على اعتذار بغير خط الأصل المعروف.

ولم يذكر «المص» هذا الشرط اكتفاء بما سبق من القدم بالريبة في مطلق الشهادة الشاملة للشهادة على الخط وعلى غيره كما يفيده «حش».

وقول «المص»: (وأنه عدل) عطف على قوله: (أنه خطه) أي: وتيقنت البينة لا بقيد خصوص السابقة الشاهدة بالخط أنه عدل ففيه شبه استخدام وهو من المحسنات فلا يشترط في هذه البينة بالعدالة من تحمله لموته أن تكون هي الشاهدة على الخط بل يجوز أن يشهد بذلك غيرها كما يفيده صنع «حش» وهو حيد إلا أنه مخالف لما في الخَرَشي فإنه قال: ومنها ـ أي: من الشروط ـ أن تعرف البينة على الخط أن المشهود على خطه تحمل الشهادة ووضع خطه وهو عدل واستمر عدلا لوته. اهـ.

ثم أشار على القسم الثالث من أقسام الشهادة على الخط وهي الشهادة على خط نفسه فقال:

● **ص:**

وبين من نسى شهادة بخطه وأدى.

● **ش:**

يعني: أن من شهد شهادة بخطه ثم نسيها فإنه يجب عليه أن يبين أنه لا يذكرها ويؤديها للحاكم بلا نفع للطالب فيقول للحاكم هذه شهادة بخطي ولا أذكرها وفائدة تأديتها احتمال أن الحالم يرى نفعها أو يكون مجتهدا أن وجد.

قال «الش»: واستحسن القول بالعمل بها لغلبة النسيان الآن. وبه قال ابن وهب وسحنون وغيرهما، وقال مطرف وابن الماجشون: يقوم بالشهادة تامة بأن يقول ما فيه حق وإن لم يحفظ ما في الكتاب ولا يعلم الحاكم بأنه لم يعرف غير خطه فإن أعلمه بذلك لزم الحاكم ردها. قاله «حش».

وبعبارة: لا يجوز للشخص أن يشهد على خط نفسه ولو تحقق أنه خطه حتى

يتذكر القضية فيشهد على ما علم لا على أنه خطه وإن لم يتذكر أدى الشهادة بأن هذا خطي ولا أذكر القضية بلا نفع للطالب لاحتمال أن الحاكم يرى نفعها له.

وبعبارة: لا يجوز للشخص أن يشهد على خط نفسه ولو عرفه حتى يذكر القضية كلها أو حتى يد بعضها مما يدل على حقيقتها ونفي التهمة عنه فيها، فإن لم يذكرها فإنه يؤديها على ما علم ولا ينتفع الطالب بها بأن يقول للحاكم هذه شهادتي بيدي ولا أذكرها. قاله «خ».

ولما قرر «دك» كلام الأصل بنحو ما في «خ» قال: هذا ما رجع إليه مالك وكان أولًا يقول إن عرف خطه ولم يذكر القضية وليس في الكتاب محو لوا كشط ولا ريبة فليشهد وبه أخذ مطرف وعبد الملك وابن حبيب وابن وهب وسحنون، قال مطرف: وعليه جماعة الناس إذ النسيان يعتري الناس كثيرا وكان شيخنا يقول إذا عرفت خطي شهدت به لأني لا أكتب إلا عن تحقق. اهـ «دك».

وقال «دص»: قال ابن رشد: كان مالك يقول أو لا أن عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيئًا منها وليس في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد وبه أخذ عامة أصحابه مطرف وعبد الملك والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب وسحنون وابن حبيب، وقال في التوضيح: صوب جماعة أن يشهد أن لم يكن محو ولا ريبة فإنه لابد للناس من ذلك لكثرة نسيان الشاهد المنتصب، ولأنه لو لم يكن يشهد حتى يذكرها لم يكن لوضع خطه فائدة. اهـ.

● **ص:**

وعلى من عرفه ولو بتذكير امرأة.

● **ش:**

الجار والمجرور عطف على محذوف معمول أدى أي: وأدى الشهادة على أنه خطه وعلى من عرفه... إلخ. ويحتمل أنه عطف على متعلق فاعل جاز المتقدم أي: فاعله المعنوي لا اللفظي؛ لأن فاعله اللفظي عدلان وفاعله المعنوي أداء الشهادة كما تقدم ومتعلق الفاعل هو الجار والمجرور بعده وهو قوله: (على خط مقر) أي: وجاز أداء الشهادة من عدلين على خط مقر وعلى من عرفه، أي: وجاز أداؤها أيضًا

من المحتمل على من عرفه بعد نسيانه ومن واقعة على الشخص المشهود عليه سواء كان رجلا أو امرأة؛ لأنها للعموم وخص الأصل المرأة في هذه المسائل لغلبة الجهل بها دون الرجل.

يعني: أن من تحمل الشهادة على رجل أو على امرأة ونسي حين الأداء من شهد عليه منهما ثم عرفه بعد ذلك باسمه ونسبه فإنه يجب عليه أن يؤدي الشهادة عليه ولو عرفه بتذكير امرأة أو لعين من الناس بل ولو تذكرة بنفسه من غير مذكر أما أن لم يتذكره بنفسه ولا بغيره فلا تجوز له الشهادة عليه ولو أخبره عدلان من الشاهدين عليه غيره بأن هذا هو الذي شهدت عليه سابقا فلا يعتمد في ذلك على قولهما ولا يؤدي الشهادة إلا نقلا عنهما وإذا نقل عنهما فيعتبر في شهادته ما يعتبر في شهادة النقل فلابد من انضمام شاهد آخر إليه وإن يقولا أشهد على شهادتنا وهذا إذا شاركاه في علم ما يشهد به كما علم مما قدمنا وإلا فلا يتصور نقله عنهما.

وبعبارة: يجوز للشاهد أن يؤدي الشهادة على المرأة إذا حصل له علم بأنها المشهود عليها بأن يكون حين التحمل عرف نسبها ثم نية حين الأداء فيؤدي حيث حصل له العلم بأخبار رجل أو امرأة عدله أو لفيف من الناس. هذا ما قاله «خ» في عبارته الأولى، وقال في آخر الثانية: ثم المراد أن يعرف نسبها حين الأداء وإن كانت حين التحمل غير معروفة النسب له فمن شهد على عين امرأة لعدم معرفة نسبها ثم عرفه حين الأداء فإنه يؤدي إذا حصل له العلم بها وإن بامرأة.

● **ص:**

وعلى أوصاف غيره المميزة له.

● **ش:**

عطف على ما سبق أيضًا، والضمير في غيره يعود على من عرفه.

يعني: أن الشاهد إذا تحمل الشهادة أو أداها على غير من يعرف نسبه فإنه يعتمد في شهادته عليه تحملًا وأداءً على الأوصاف المميزة له عن غيره ولا يعتمد على الاسم الذي ذكره لجواز التغيير في الإعلام فيحتمل أنه غير اسمه واسم أبيه للجحد في المستقبل، وكذلك قالوا: من لا يعرف نسبه يقال فيه: أشهدنا من زعم أنه فلان

ابن فلان.

والحاصل: أن المشهود عليه إذا لم يعرف نسبه حين التحمل أو الأداء أو الشخصية له المميزة له عن غيره بحيث يبقي المعول عليه إنما هو ومن وجدت فيه تلك الأوصاف ولا يعتمد الشاهد على اسم المشهود عليه واسم أبيه الذين زعمهما لاحتماء أن يكون غيرها لأجل أن يجحد في المستقبل.

● ص:

كتسجيل القاضي.

● ش:

تشبيه في التعويل على اسم المعروف ونسبة وعلى أوصاف غيره.

يعني: أن القاضي إذا أراد أن يسجل الشهادة أي: يكتبها عنده في السجل أي: الكتاب فإن كان المشهود عليه معروف النسب والاسم اعتمد في التسجيل على اسمه ونسبه فيقول شهدت البينة عندنا على فلان ابن فلان أن عنده كذا لفلان أو على فلانه بنت فلان أن بذمتها كذا وإن المشهود عليه غير معروف الاسم والنسب فيعتمد التسجيل على الأوصاف المميزة له عن غيره فيقول شهدت البينة عندنا على شخص صنعته كذا وكذا بكذا وكذا ولم يعرف له اسم ولا نسب وإنما زعم أو أخبر أو قال أو ادعى أنه فلان ابن فلان أو فلانة بنت فلان لاحتمال انتسابهما لغير أبيهما للجحد في المستقبل فليس للقاضي أن يسجل أنه ابن فلان أو بنت فلان ما لم تشهد بينة بذلك وإنما يسجل من زعم أو أخبر أو قال: إنه ابن فلان أو بنت فلان.

● ص:

وكشف الشاهد وجه منتقبة لا يعرفها.

● ش:

يعني: أن الشاهد إذا أراد أن يشهد على امرأة منتقبة لا يعرفها وهي منتقبة فإنه يجب عليه أن يكشف وجهها في التحمل والأداء ليعرفها معرفة تامة فيشهد على عينها ووصفها ولا يجوز أن يشهد عليها تحملا أو أداء وهي منتقبة فإن عرفها منتقبة دين أي: وكل إلى دينه فيشهد عليها بدون كشف وجهها ويؤخذ من هذا أن الشهود

إذا قالوا: أشهدتنا منتقبة ولا نعرفها إلا كذلك وإن كشفت وجهها لا نعرفها وأنكرت المرأة الشهادة عليها أنه يعمل بجوابهم في تعيينها وهو كذلك إذا لغرض أنهم عدول فلا يتهمون.

● ص:

ولا يعتمد بقول الشاهدين هي بنت فلان إلا نقلاً.

● ش:

الشاهدين بالتثنية لا بالجمع.

فقوله: (بنت فلان) أي: مثلا فكذا بنت فلانة أو أم فلان أو بنت أخ فلان ونحو ذلك مما تتميز به عن غيرها وضمن يعتمد معنى يعمل فعداه بالباء لا يعلي هكذا يظهر.

يعني: أن من تحمل الشهادة على امرأة معروفة النسب ثم نسيها فإنه لا يعتمد فإنه لا يعتمد في تأدية الشهادة عليها على قول الشاهدين عليها غيره هي فلانة بنت فلان مثلا إلا نقلا عن شهادتهما فيعتبر في شهادته ما يعتبر في شهادة النقل كما مر نعم أن سألهما وتذكرهما ما نسي جاز له الأداء وكذلك لو تذكر بامرأة أو بنفسه من غير مذكر كما مر وهذه المسألة لا تعلق لها بمسألة المنتقبة كما هو ظاهر.

● ص:

وعلى الشهود إخراج ما شهدوا به أو عليه من متعدد أن نوزعوا.

● ش:

قوله: (به) متعلق بشهدوا أي: ما شهدوا به من دأبه أو رقيق أو عليه عطف على قوله: (به) أي: ما شهدوا عليه كمرأة.

وقوله: (من متعدد) بيان لما راجع لما شهدوا به وما شهدوا عليه أي: إخراجه من متعدد من جنسه.

وقوله: (أن نوزعوا) شرط في قوله: (وعلى الشهود... إلخ).

يعني: أن الشهود إذا تنازعوا نوزعوا في معرفة ما شهدوا به كدأبة ورقيق أو ما شهدوا عليه كمرأة لم يعرف نسبها أنكرت الشهادة عليها وقيل لهم عينوا ما شهدتم

به أو عليه فإنه يجب عليهم إخراج ما شهدوا به أو عليه من متعدد من جنسه على أرجح القولين في الكل كما في الرماصي فتخلط لهم الدابة مثلا في متعدد من الدواب والمرأة في متعدد من النساء ويكلفون بإخراجها من المتعدد من جنسها، فإن لم يخرجوا ما شهدوا به عليه فقيل بتضمينهم كرجوعهم عن الشهادة.

والأحسن قول بعض مشايخ الزرقاني بعدم الضمان لغدرهم في الجملة، وقيل: إن فرض المسألة في المرأة.

وأما الدابة والرقيق فليس كذلك فلا يكلف الشاهد بإخراج الدابة من مثلها والرقيق من مثله وهو خطأ ممن فعله ولكن إن كانوا عدولا قبلت شهادتهم كذا في المجموعة والعتبية والموازية. أفاده «خ».

وبعبارة: إذا تحمل الشهود الشهادة على عين امرأة لا يعرفون نسبها بدين أو نكاح ونحو ذلك وأنكرت ذلك وكلفوا بإخراجها من بين نسائها خلطت بهن فعليهم وجوبا إخراجها من بينهن بأن يقولوا هذه هي التي أشهدتنا فإن قالوا ذلك عمل بشهادتهم وعليهم الضمان إن لم يخرجوها خلافًا لشيوخ الزرقاني.

والدابة والرقيق كالمرأة فإذا شهدوا بدابة ورقيق بعينه لشخص فعليهم إخراج ما شهدوا به إن قيل لهم عينوه وهو التحقيق خلافًا لمن قال: هو خطأ ممن فعله.

ولما أنهى الكلام على الشهادة على الخط شرع يتكلم على الشهادة على السماع وعرفها ابن عرفة بأنها: لقب لما صرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين.

فتخرج شهادة البت والنقل فالبت يخرج بقوله: بإسناد شهادته لسماع.

والنقل بقوله: من غير معين.

واعلم أن شهادة السماع إنما جازت للضرورة على خلاف الأصل كان الأصل أن الإنسان إنما يشهد بما تدكه حواسه. قاله أبو إسحاق.

وإضافة الشهادة للسماع من إضافة المسبب لسببه؛ أي: الشهادة المسببة عن السماع؛ أي: الناشئة عنه.

وابتدأ «المص» بحكمها وهو الجواز فقال:

● ص:

وجاز عدلان بسماع فشا عن ثقات وغيرهم بلا ريبة ويحلف معهم.

● ش:

قوله: (عدلان) على حذف مضاف أي: وجاز شهادة عدلين والباقي قوله: (بسماع) للسببية متعلقة بجاز وعن متعلقة بغشي وفشي بمعنى انتشر واشتهر والمراد بالجواز الأذن الصادق بالوجوب.

يعني: أنه يجوز شهادة عدلين يملك لحائز بسبب سماع فشيء عن ثقات وغيرهم بلا ريبة في شهادتهما لا أن لم يعلمه من في سنهما مع كثرتهم فلا تجوز ثم إن شهادة بنية السماع لا تجوز إلا بشروط تؤخذ مما ذكره «المص» هنا وفيما يأتي:

الأول: الذكورية فلا تقبل فيها شهادة النساء فلا شهادة لغير العدل.

الثالث: التعدد اثنان فأكثر وفي العمل بواحد ويمين في السماع طريقان في الخَرَشي. قاله «الش».

وقال «دك» مفرعا على قول الأصل: وشهد اثنان فلا يكفي واحد مع اليمين، قال ابن القاسم: إن شهد واحد على السماع لم يقضي بالمال وإن حلف؛ لأن السماع نقل شهادة ولا يكفي نقل شاهد واحد على شهادة غيره. اهـ. وقال غيره يكفي. اهـ «دك».

ونقل عن عبد الملك أنه لابد من أربعة ويفيد هذه الشروط الثلاثة قوله: (عدلان) لأنه وحق من العدالة لمثني المذكر.

الرابع: فشق السماع عن الثقات وغيرهم فلابد من الجمع بين الثقات وغيرهم وهو المعتمد وقيل يكفي الاعتماد على أحدهما واختلف أيضًا فقيل لابد أن يجمع الشاهد بينهما في التأدية للحاكم بأن يقولوا في شهادتهم لم تزل تسمع من الثقات وغيرهم وهو الأرجح كما في «الش» وعليه أبو الحسن على المدونة والباجي والمتيطي وابن فتوح وغيرهم.

قال ابن فتوح: شهادة السماع لا تكمل إلا أن ينضم فيها أهل العدل وغيرهم على هذا مضى عمل الناس ونقله ابن عرفة وأقره وقيل يكفي ذكر أحدهما وهو قول ابن

القاسم وجماعة وهو الأشهر وعليه قالوا.

وفي قوله: (وغيرهم) بمعنى أو لمنع الخلق لا لمنع الجمع.

الخامس: أن لا تحصل ريبة في شهادة السماع كشهادة اثنين وليس في البلد مثلهما سناء بموت شخص أو كان فيها من يساويهما في السن مع شيوع السماع عند غيرهما فإن وجدت ريبة بألم يسمع بموته غيرهما من ذوي أسنانهما لم تقبل للتهمة وإلي هذا أشار بقوله: (بلا ريبة).

السادس: أن يحلف المحكوم له ببينة السماع؛ لأنها ضعيفة فقويت بالحلف وهذا أشار له «الش» بقوله: ويحلف معهم؛ أي: من شهود ببينة السماع، والمراد بالجمع ما فوق الواحد وهذه للشروط عامة في جميع ما تقبل فيه بينة السماع.

وسيأتي شرط سابع يخص الشهادة بالملك وهو أن يكون المشهود له به حائزا له وثان من يخص الشهادة بالملك والوقف جميعا وهو طول الزمان.

وتاسع وعاشر: وهما بعد المكان وقصر الزمان وهذان يخصان الشهادة بالموت وشهادة السماع تكون في الأملاك وغيرها كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

بملك لحائز ولو لم يتصرف ووقف إن طال السماع فيهما عشرين عاما.

● ش:

قوله: (بملك) متعلق بمعمول جاز وهو فاعله المحذوف؛ لأن قوله: (وجاز عدلان) على حذف مضاف أي: وجاز شهادة عدلين كما أشرت له سابقا في شرح كلامه ويحتمل أنه تنازع فيه كل من شهادة وسماع المتقدم أي: وجازت شهادتهما بملك شيء من عقار أو غيره لشخص حائز له بسبب سماعهما به أنه له، فإن لم يكن في حوزه لم يجز أن يشهدا به له أي: لغير حائزه إذ لا ينزع بشهادة السماع من يد حائز.

والمعنى: أنه يجوز شهادة عدلين بسماع بملك شيء لحائزه ولو لم يتصرف فيه بالهدم والزرع ونحو ذلك ولو لم يطل زمن الحوز وما في الأصل من اشتراط التصرف والطول مردود كما في الرماصي.

وكذا تجوز شهادة السماع بالوقف ولا يشترط فيه الحوز على الأرجح فيثبت الوقف بشهادة السماع ولو لغير حائز ومحل جواز شهادة السماع بالملك والوقف إن طال زمن السماع فيهما عشرين عاما فأكثر فأقل من ذلك لا يكفي ولابد من شهادة البت.

فقوله الآتي: (وإلا فإنما تقبل بتًا) يرجع أيضًا لمفهوم قوله هنا: (إن طال السماع فيهما).

وبعبارة: إذا شهدت بينة السماع بأن هذا الشيء وقف على الحائز أو على فلان وليست الذات المشهود عليها بيد أحد فإنها تثبت الوقفية لا إن كانت بيد حائز مدع ملكيتها؛ لأنه لا ينتزع بشهادة السماع من يد حائز كما في بهرام وتت والبساطي ونحوه للخمي والتوضيح وظاهر ابن عرفة والأصل أنه ينتزع بشهادة السماع ما شهدت بوقفيته لغير حائزه من يد الحائز له، وكذا كلام أبي الحسن وابن يونس ورجح هذا احتياطا للوقف وقول «المص» لحائز إشارة للسابع الذي قدمنا أنه خاص بشهادة الملك.

وقوله: (بملك لحائز) إشارة للسابع الذي قدمنا أنه خاص بشهادة الملك.

وقوله: (إن طال... إلخ) هو الشرط الثامن الذي قدمنا أنه خاص بالملك والوقف جميعا.

وأشار للشرط التاسع والعاشر الخاصين بالشهادة بالموت فعلا فقال:

● **ص:**

ويموت في مكان بعيد وزمن قصير وإلا فإنما تقبل بتًا.

● **ش:**

عطف على قوله: (بملك) أي: وكذا تجوز شهادة السماع بموت شخص غائب في مكان بعيد على مسافة شهر أو أربعين يوما وزمن قصير بأن لم يطل زمن السماع بذلك فالشرط في شهادة السماع بالموت بعد المكان وقصر الزمان أما إذا كان في مكان قريب أو في بلد الموت فإنها تقبل الشهادة بموته على البت لسهولة الكشف عن حاله.

وكذا إذا طال زمن السماع فلابد من البت ولو بالنقل على المعتمد إذ يبعد عادة موته مع عدم من يأتي من تلك البلد وبخبر بموته قطعا في هذه المدة الطويلة.

فقوله: (وإلا فلا تقبل بتاً) مفهوم قوله: (في مكان بعيد وزمن قصير) أي: وإلا يبعد المكان ويقصر الزمان بأن قرب المكان أو طال الزمان فلا تقبل الشهادة بالموت الابتلاء أي: قطعا ويرجع أيضًا لمفهوم قوله: (إن طال السماع فيهما) كما مر؛ أي: فإن لم يطل السماع في الملك والوقف بأن كان أقل عشرين عاما فلا تقبل الشهادة فيهما الابتلاء أي: بتا.

● ص:

وقدمت الباتة إلا أن تقول السامعة، صاحبنا اشتراها من كأبي هذا.

● ش:

يعني: أنها إذا شهدت بينة بملك دار مثلا لشخص بتاء وشهدت أخرى بملكها لآخر سماعا فإنها تقدم البينة الباته على السامعة فتشرع من يد الحائز وتعطي لمن أقام بينة البت إلا أن تقول السامعه أن صاحبنا الذي شهدنا له اشتراها من كأبي هذا الذي أقام بينة البت أو من جده فإنها تقدم حينئذ بينة السماع؛ لأنها ناقلة وهي مقدمة على المستصحبة وليست معارضة.

يعني: أن محل تقديم بينة البت ما لم فشهد بنية السماع بأن الذات المتنازع فيها قد انتقلت لصاحبهم بملك جديد كثيرا أو هبة أو صدقة من أبي صاحب بنية البت أو من جده فتقدم بينة السماع والموضوع أن صاحب ببينة السماع حائز للمتنازع فيه وإلا قدمت ببينة البت على ببينة السماع الناقلة لما علمت أنه لا ينزع بها من يد الحائز.

قال «دص»: والكلام في حيازة لا يثبت بها الملك أما لقصرها وإما لكون المدعى القائم على الحائز كان غئبا أو حاضرا قام به مانع وأما الحاضر الذي لا مانع له إذا سكت العشر سنين فلا تسمع له دعوى ولا بينة في العقار، وكذا غيره على التفصيل الآتي ذكره إن شاء الله.

وهاهنا بحث قوي وهو أنه إذا كانت دعوى القائم على الحائز مجردة فالحرز

كان في دفعها من غير احتياج إلى بينة سماع، وكذا إذا كان مع دعوى القائم بينة سماع؛ لأنه لأنه لا ينزع بها من يد حائز فإن كان معها بينة قطع فبينة السماع للحائز لا تنفعه إلا بسماع أنه اشتراها من كأبي القائم فلم يبق لقولكم بملك لحائز محل. انتهى.

ولما ذكر ثلاث مسائل تثبت ببينة السماع على ما سبق اشتراطه فيها أردف ذلك بما يتوف عن عشرين مسألة تثبت ببينة السماع وإن لم يطل فقال:

● ص:

وثبت بسماع وإن لم يطل كعزل وجرح وكفر وسفه ونكاح وضدها وإن بخلع وضرر زوج وهبة ووصية وتحريم وولادة وحرابة وإباق وعدم وأسر وعتق ولوث.

● ش:

الكاف في (كعزل) اسم بمعنى مثل فاعل (ثبت) أي: وثبت بالسماع مثل عزل... إلخ. وقرنه بالكاف ليدخل بها مسائل غير التي ذكرها وسننبه عليها إن شاء الله تعالى.

وقوله: (وإن لم يطل) مبالغة في ثبوت جميع هذه المسائل ببينة السماع.

والمعنى: أنه يثبت عزل قاضي أو وآل أو وكيل ببينة السماع بأن تقول لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنه عزل فيثبت بذلك عزله وإن لم يطل زمن السماع، وكذا بقية المسائل.

وكذا يثبت ببينة السماع الجرح أي: التجريح كلم نزل نسمع ممن ذكر أنه شارب خمر مثلا أو مجرح.

وكذا يثبت بالسماع كفر معين أو سفهه نحو لم نزل نسمع لنسمع أنه كافر أو سفيه.

وكذا نكاح بين الزوجين يدعيه أحدهما وينكر الآخر فيثبت ببينة السماع وقيل لا يثبت بذلك إلا إذا اعترفا معًا لا إن أنكر أحدهما وإذا ادعاه الحي منهما على الميت ليرثه فإنه كذلك يثبت بالسماع.

وكذا يثبت ببينة السماع ضد هذه الخمس السابقة وهي التولية والتعديل

والإسلام والرشد والطلاق ولو بخلع.

فقوله: (وإن بخلع) يرجع لضد النكاح وهو الطلاق لكن يثبت الطلاق فقط لا دفع العوض.

وكذا البيع والنكاح فيثبت العقد لا دفع الثمن ولا نقد الصداق، وكذا ضرر زوج لزوجته نحو لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنه يضررها فيطلقها عليه الحاكم.

وكذا الهبة لثواب أو غيره والصداقة والبيع كما مر نحو لم نزل نسمع أنه وهب لفلان كذا أو تصدق به عليه أو باعه له.

وكذا الوصية نحو لم نزل نسمع إن فلانا أقام فلانا وصيتها عنه في ماله أو ولده أو إن فلانا كان في ولاية فلان يتولى النظر له والإنفاق عليه بأيصاء أبيه أو بتقديم قاضي له عليه.

وكذا التحريم بصهر أو رضاع نحو لم نزل نسمع أن فلانا بينه وبين فلانة رضاع أو صهارة تحرمها عليه.

وكذا الولادة فيثبت بها أنها أم ولد.

وكذا يثبت بالسماع النسب وكذا الحرابة والإباق فيثبتان بما ذكر، وكذا لعدم أي: العسر يثبت ببينة السماع سواء أثبته بها المدين أوالغرماء.

وكذا الأسر نحو لم نزل نسمع أنه أسر فيتزوج الحاكم ابنته ويقضي دينه من ماله ونحو ذلك.

وكذا العتق والولاء، وكذا اللوث نحو لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا قتل فلانا فسماعهم القتل لوث يسوغ للولي القسامة.

وبعبارة: مما يثبت بالسماع اللوث بأن يقولوا سمعنا سماعا فأشياء أن فلانا قتل فلانا فتكون الشهادة المذكورة لوثا كما يفيده كلام المواق وابن مرزوق لا أنها يثبت بها اللوث كما هو ظاهر كلام المؤلف، وحله الشيخ كريم الدين على ظاهره فقال: اللوث اللطخ المشار إليه بقوله في باب الجراح أو القسامة سببها قتل الحر المسلم في محل اللوث.

وصورتها أن يقولوا: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا قال: دمي عند

فلان. انتهى. ويحتاج لنقل يدل على ذلك. أفاده «خ».

وكذا القسمة تثبت بالسماع نحو لم نزل نسمع أن فلانا قاسم فلانا في الدار مثلا وجملة ما ذكره «المص» إحدى وعشرون مسألة وزدنا عليها البيع والصدقة والنسب والولاء والقسمة فالجملة ست وعشرون.

ثم شرع يذكر حكم الشهادة تحملا وأداء فقال:

● **ص:**

والتحمل فرض كفاية فيجوز الانتفاع عليه حيث لم يتعين ككل كفائي.

● **ش:**

قوله: (فيجوز... إلخ) تفريع على كون التحمل فرض كفاية لا فرض عين.

يعني: أن تحمل الشهادة فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقي فيجوز للشاهد أن ينتفع على تحمله بشيء يأخذه من صاحب الحق حيث لم يتعين عليه التحمل بما يتعين به فرض الكفاية؛ لأنه أخذ عن شيء لا يجب عليه عينا، وكذا كل كفائي كغسل الميت وحملة ودفنه يجوز لفاعله الانتفاع إن لم يتعين عليه أما إذا تعين عليه بأن لم يوجد غيره فلا يجوز له الأخذ وقيل بالجواز إن كان يكتب الشهادة في وثيق؛ لأنها في نظير كتابته سواء انتصب لذلك أو لا، وكذا المفتي يجري فيه ما ذكر وظاهر كلامه أنه يجب التحمل ولو على فاسق وقت التحمل إذا قد يحسن حاله عند الأداء ولا يقدح فيه الخصم؛ لأن العبرة بوقت الأداء وقيد الأصل وجوب التحمل بما إذا افتقر إليه بأن ضيق ضياع الحق أما إذا لم يفتقر إليه فلا يجب بل قد يكون حرا ما لتحمل شهادة الزنى لأقل من أربعة وقد يكون جائزا كرؤية هلال لم يتوقف عليه حكم شرعي.

وبعبارة: تحمل الشهادة فرض كفاية لأجل حفظ المال وغيره إذ لو تركه الجميع فضاعت الحقوق وفرض الكفاية يتعين بالشروع فيه ويسقط بقيام البعض به عن الباقي ويجوز للشاهد أن ينتفع على التحمل ولا يجوز له أن ينتفع على أداء الشهادة فإن انتفع كان ذلك جرحه في حقه والتحمل لغة يطلق على الالتزام؛ لأنه التزم أداء ما علمه وشرعا.

قال ابن عرفة: علم ما يشهد به بسبب اختياري.

فيخرج بقوله: اختياري؛ ما علمه دون اختيار كمن قرع سمعه صوت مطلق لزوجته من غير اختيار فإنه لا يسمى تحملا. كما يفيده «خ».

● ص:

لا على الأداء فخرج لتعينه إلا ركوب العاجز عن الوصول.

● ش:

قوله: (لا على الأداء) عطف على الجار والمجرور المتقدم عن قوله: (عليه) أي: أنه يجوز الانتفاع على التحمل حيث لم يتعين لا على الأداء عند الحاكم فلا يجوز، والأداء إعلام الحاكم أو جماعة المسلمين بما تحققه.

يعني: أن المحتمل للشهادة لا يجوز له الانتفاع بشيء من المشهود له على أدائها فإن انتفع بشيء كان ذلك جرح قادحًا في شهادته؛ لأن الأداء متعين عليه فالأخذ عليه معصية؛ لأنه رشوة أخذها في نظير ما وجب عليه عينا فهو بمنزلة من أخذ أجرا على الصلاة ويستثنى من منع الانتفاع بشيء ولو أعطى له من غير طلب.

وفي «خ»: أنه إذا لم ينتفع من الأداء ودفع له المشهود شيئًا من غير طلب فلا يضر.

وقوله: (إلا ركوب العاجز) أي: في الذهاب والإياب.

● ص:

ولا يلزم إلى كمسافة القصر بل يؤدي لقاضي محله فيرسل فله كثير الانتفاع.

● ش:

يعني: أن الشاهد إذا كان بينه وبين محل أداء الشهادة كمسافة القصر فإنه لا يلزمه السفر إلى محل الأدائل يؤدي الشهادة لقاضي محله فيرسل للقاضي الذي على مسافة القصر أو تنقل الشهادة عنه فإذا طاع الشاهد بالسفر فله كثير الانتفاع من المشهود له فله ركوب دابته ذهابا وإيابا وله نفقته ونفقة عياله مدة ذهابه وإيابه أو غير ذلك بلا تحديد؛ لأنه أخذ عن شيء لا يجب عليه؛ لأن مسافة القصر شأنها المشقة؛ ولذا قصرت فيها الصلاة وجاز فيها الفطر برمضان وفاعل يلزم ضمير يعود

على الأداء ومفعوله محذوف للعلم به أي: ولا يلزم الشاهد الأداء إلى محل على كمسافة القصر، ومفهومه: أنه إذا كان محل الأداء دون مسافة القصر كبريدين أو ثلاثة فإنه يلزمه الذهاب للأداء ولا يجوز له حينئذ الانتفاع على الأداء لتعينه عليه كما مر فإن انتفع سقطت شهادته؛ لأن الانتفاع رشوة في نظير ما وجب، قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة:٢٨٣]. وهذا قد كتمها حتى يأخذ الرشوة.

قال مالك في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة:٢٨٢]: إنما هو فيمن يُدعى إلى أداء الشهادة بعد أن شهدوا ما قبل أن يشهد فأرجوا أن يكون في سعة إذا كان ثم من يشهد، فإن لم يوجد غيره أو خاف أن يبطل الحق إن لم يشهد، فإن لم يوجد غيره فعليه أن يجب وإلا ظهر أنه يكتفي في الأداء بالإشارة المفهمة.

وعرف ابن عرفة الأداء بقوله: الأداء عرفا إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به.

قوله: بشهادته؛ متعلق بإعلام والباء للتعدية.

وقوله: بما يحصل... إلخ؛ بيان لما قبله إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بشيء يحصل العلم للحاكم بما شهد به. اهـ.

تنبيه:

إذا شهد بالحق المالي أكثر من اثنين فشهد عند القاضي منهم اثنان ولم يجتز بهما لعدم عدالتهما أو لغير ذلك فإنه يتعين على ثالث من الشهود أن يشهدوا إن لم يجتز به أيضًا فإنه يتعين على رابع وعلى خامس إلى أن يثبت الحق. والله أعلم.

واعلم أن الدعوى لا تتوقف على حرية ولا بلوغ ولا رشد فإذا ادعى واحد منهم بحق وأقام شاهدا واحدا قبلت منه كما أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

وحلف سفيه وعبد وسيد غير المأذون إن نكل.

● **ش:**

لما كانت اليمين مع الشاهد في دعوى المال وما يئول إليه لها أحوال وفيها

تفصيل؛ لأنها ممكنة في الحال أو ممتنعة فيه أو ممتنعة مطلقًا أو ممتنعة من البعض دون البعض تعرض «المص» لذلك كله بقوله: (وحلف سفيه... إلخ). والمراد السفيه البالغ وسيأتي الصبي ومثل السفيه السفيهة فتخلف على المسر في خلوة والاهتداء ولها المهر كاملا.

وقوله: (وعبد) أي: سواء كان مأذونا في التجارة أو لا بدليل قوله: (وسيد غير المأذون إن نكل) أي: وحلف سيد غير المأذون إن نكل هو؛ أي: غير المأذون، أما إن نكل المأذون فيحلف المطلوب ويبرئ.

والمعنى: أن السفيه أو العبد إذا أقام شاهدا بحق مالي فإنه يحلف مع شاهده ويستحق ما ادعاه بالشاهد واليمين ولا يؤخر السفيه للرشد ولا العبد للعتق ولا يحلف السيد والولي عنهما فإن نكل السفيه أو العبد المأذون له حلف المدعى عليه لرد شهادة الشاهد ويرئ وإن نكل غير المأذون حلف سيده مع الشاهد واستحق.

تنبيه:

كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين كطلاق وعتق وقذف ونكاح فلا يمين بمجردها، فإن لم تتجرد بل أقام المدعي شاهدا واحد فبعضها تتوجه فيه اليمين كالطلاق العتق والقذف وبعضها لا تتوجه فيه اليمين وهو النكاح فإذا أقامت المرأة شاهدا واحدا أو امرأتين على أن زوجها طلقها وأنكر الزوج فإنه يحلف لرد شهادة الشاهد فإن نكل حبس فإن طال سجنه دين أي: ومحل لدينه وخلى بينه وبين زوجته.

وكذا العبد إذا قام شاهدا على سيده أنه أعتقه فإنه يحلف السيد لرد شهادة الشاهد فإن نكل حبس وإن طال دين وإذا قام شخص شاهدا على آخر على أنه قذفه أو أقام امرأتين على ذلك فإنه يلزم المدعى عليه اليمين لرد شهادة الشاهد فإن نكل حبس وإن طال دين ولا يجد للقذف وأما إذا أقام أحد الزوجين شاهدا واحد على أنه زوج للآخر فأنكر فإنه لا يمين على المنكر بل إن أقام شاهد آخر عمل به وإلا فلا؛ لأن النكاح لشهرته لا يكاد يخفي على الأهل والجيران فالعجز على إقامته شاهدين به قرينته على كذب مدعيه هذا هو الفرق بين النكاح وغيره وهذا في غير الطاريين وأما فيهما فتتوجه اليمين على منكر الزوجية منهما بالشاهد لا بمجرد

الدعوى ذكره الأصل وشراحه وتركه «المص» استغناء بما سبق تذييب لا يمين على السفيه في الإنكار أو التهمة سواء كان ذكرا أو أنثى إذ لا فائدة لليمين حينئذ، وإنما تتوجه اليمين حيث إذا أقر المدعى عليه لزمه الإقرار وهذا ليس كذلك. أفاده «حش».

● ص:

لا صبي ولا ولي لم يعامل.

● ش:

عطف على سفيه والولي شامل الأب والوصي والمقدم فهو أعم من قول الأصل والأبوه.

يعني: أن الصبي إذا ادعى على شخص بحق مالي وأقام عليه شاهدا واحدا فإنه لا يحلف الصبي مع شاهده؛ لأنه غير مكلف واليمين جزء نصاب لا تتميم.

وكذا لا يحلف عن المحجور وليه إذا لم يتول المعاملة ولو وجبت عليه نفقة ابنه؛ لأن المكلف لا يحلف ليستحق غيره وأولى إذا أنفق عليه تطوعا أو لم ينفق عليه أصلًا، أما إن تولى الولي المعاملة فهو الذي يحلف وإلا غرم.

وبعبارة: إذا أقام للصبي شاهد بحق مالي فإنه لا يحلف مع شاهده؛ لأنه غير مكلف وكذلك لا يحلف أبوه مع عنه مع الشاهد؛ لأن قاعدة المذهب أن الإنسان لا يحلف ليستحق غيره ولو كان الأب ينفق على الابن بحيث يكون ليمينه فائدة وهي سقوط النفقة عنه وأحرى لا يحلف غير الأب من الأولياء وهذا حيث لم يتول المعاملة فإن تولى الأب المعاملة حلف وإلا غرم، وكذا ولي السفيه. وسيد العبد فيحلف ليدفع عن نفسه الغرم.

● ص:

فيحلف المطلوب ليترك بيده.

● ش:

هذا مفرع على عدم حلف الصبي والولي.

يعني: أنه إذا لم يحلف الصبي ولا الولي فإنه يحلف المطلوب للصبي وهو

المدعى عليه ليترك المتنازع فيه بيده حرزا لا ملكا إلى بلوغ الصبي فيضمنه إذا تلف ولو بسماوي؛ لأنه متعد فإن نكل المطلوب عن اليمين أخذه الصبي ملكا اتفاقًا ولا يمين على الصبي إذا بلغ.

وقوله: (ليترك بيده) أي: إن كان معينا وإن كان دينا يبقى في ذمته فإذا بلغ الصبي وحلف أخذه إن كان قائما أو قيمته إن فات أو مثله إن كان مثليا فعلم مما تقرر أنه لا يشترط في الدعوى بلوغ ولا رشد ولا حرية وهو كذلك كما في «الش» وغيره وقد سبقت منا الإشارة إلى ذلك.

• **ص:**

وسجل الواقعة ليحلف إذا بلغ أو وارثه قبله.

• **ش:**

هذا مرتب على حلف المطلوب؛ يعني: أنه إذا حلف المطلوب فإن القاضي يسجل الواقعة بشهادة الشاهد ليحلف الصبي معه إذا بلغ أو وارثه إذا مات قبله أي: قبل بلوغه فإذا حلف الصبي إذا بلغ أو وارثه إذا مات قبل بلوغه استحق المدعى به وأخذه من المطلوب إن كان معينا باقيا فإن فات أخذ قيمته إن كان مقوما أو مثله إن كان مثليا وإن كان دينا في ذمة المطلوب أخذه بكماله أو صالحه عليه فإذا نكل الصبي بعد بلوغه عن اليمين فلا شيء له ولا يحلق المطلوب ثانية.

وقوله: (سجل) أي: أمر بتسجيل القضية أي: بكتابتها صونا لمال الصبي وخوفا في موت الشاهد أو تغير حاله عن العدالة.

وقوله: (ليحلف) عليه للتسجيل؛ أي: سجل الواقعة لأجل أن يحلف الصبي ففاعل يحلف ضمير يعود على الصبي.

وقوله: (أو وارثه) عطف على ذلك الضمير بلا فاصل، وقد قال ابن مالك:

وإن على ضمير رفع متصل	عطفت فافصل بالضمير المنفصل
أو فاصل ما وبلا فصل يرد	في النظم فاشيًا وضعفه اعتقد

و(قبله) ظرف متعلق بوارث؛ لأنه اسم فاعل أي: وارثه قبله أي: قبل بلوغه لموته قبله أي: قبل البلوغ.

ففهم من عبارة «المص»: أن الصبي مات قبل بلوغه؛ لأن الإرث متسبب عن الموت فأغناه قوله: (أو وارثه قبله) عن أن يقول أو وارثه إذا مات قبله، فلله دره من مختصر.

ثم استثنى من قوله: (أو وارثه قبله) قوله:

● ص:

إلا أن يشتركا في الحق وينكل الوراث ففي حلفه عن الموروث خلاف.

● ش:

يعني: أن الصبي إذا مات قبل البلوغ فإنه يخلف وارثه إلا أن يكون الحق مشتركا بينه وبين الصبي وأقام عليه شاهدا واحدا ونكل الوارث أولا حين توجهت عليه اليمين وسقط حقه واستولي للصغير فمات قبل بلوغه ففي حلفه عن الصبي الموروث وعدمه خلاف بين المتأخرين ولا نص فيها للمتقدمين فقيل يحلف ليستحق نصيب الصغير؛ لأنه قد يتذكر الحق، ولأنه إنما نكل أولا عن حصته هو فلا يمنع من اليمين لأجل استحقاقه نصيب مورثه.

قال ابن يونس: وهو الذي يظهر، ألا ترى أنه لو حلف أولًا وأخذ حصته لم يستحق نصيب مورثه إلا بيمين ثانية.

وقيل: لا يحلف لسريان نكوله الأول عليه.

وصورة المسألة: أن يشهد شاهد بحق لصغير ولأخيه الكبير فنكل الكبير واستوفى للصغير فمات قبل بلوغه وورثه أخوه الكبير الناكل أولا، فهل يحلف الكبير عن نصيب أخيه الصغير الذي ورثه منه أو لا؟ خلاف.

● ص:

وإن نكل لم يحلف المطلوب ثانية.

● ش:

يعني: أنه إذا نكل الصبي بعد بلوغه أو وارثه إن مات قبل بلوغه لم يحلف المطلوب مرة ثانية بل يكتفي منه باليمين الأولى.

ثم ذكر مسألة لا ارتباط لها بمسألة الصبي فقال:

● ص:

وان حلف المطلوب ثم أتى بآخر فلا ضم وفي حلفه معه وحلف المطلوب إن لم يحلف قولان، وبعدلين قضى بهما.

● ش:

قوله: (في حلفه) جار ومجرور خبر مقدم و(قولان) مبتدأ مؤخر و(حلف المطلوب) عطف على (حلفه) أي: وفي حلفه وحلف المطلوب، قولان. في كل منهما وضمير حلفه للمدعي الذي أتى بالشاهد الآخر وضمير (معه) للشاهد.

وقوله: (وبعدلين) عطف على قوله: (بآخر).

يعني: أن من ادعى بحق مالي على آخر وأقام عليه شاهدا واحدا ولم يحلف معه فحلف المطلوب لرد شهادة الشاهد وبرئ، ثم أتى المدعي بشاهد آخر فإنه لا يضم الثاني للأول؛ لأن الأول بطلت شهادته بنكول المدعي وحلف المطلوب وإذا بطلت شهادة الأول فهل يحلف المدعي مع هذا الشاهد الثاني ويستحق؛ لأنه قد يظهر له بشهادة الثاني ما يحقق دعواه ويقدم به على اليمين وهو الأقوى أو لا يحلف معه؛ لأنه لما نكل مع الأول سقط حقه في ذلك، قولان.

وعلى القول بأن المدعي يحلف مع الثاني لو نكل عن اليمين ولم يحلف فهل يحلف المطلوب لرد شهادة الشاهد الثاني؛ لأن حلفه أولًا كان لرد شهادة الأول فيحتاج ليمين أخرى لرد شهادة الثاني.

وعلى هذا القول لو نكل المطلوب استحق الطالب الحق أو لا يحلف المطلوب لرد شهادة الثاني؛ لأنه حلف أولًا، ويرى من الحق في ذلك قولان أيضًا.

وقوله: (إن لم يحلف) أي: المدعي وهو قيد في حلف المطلوب وأما إن أتى المدعي بعدلين بعدم حلف المطلوب لرد شهادة الأول فإنه يقضي له بهما على الأرجح.

● ص:

ومن شهد عليه عدل بوقف على الفقراء حلف وإلا ثبت.

● ش:

يعني: أن من شهد عليه عدل واحد بأنه وقف داره مثلا على الفقراء فإنه يحلف

لرد شهادة الشاهد ويرى من الوقف وألا يحلف ثبت الوقف بالشاهد ونكول المدعي عليه ولا يمين من أحد؛ لأنها متعذرة في جميع الفقراء فإن أبى في حرفة للفقراء قضى عليه بذلك خلافًا لما في «عب».

وعدم القضاء في الحبس على غير المعين محله كما سبق إذا كان واضع اليد هو المحبس، أما إن كان غيره فيقضي عليه وينزع منه أفاده «بن». اهـ «حش».

● ص:

وعلى بنيه معقبا حلف الموجودون وإلا فكالفقراء.

● ش:

قوله: (وعلى بنيه) عطف على قوله: (وعلى الفقراء) وإن شهد عليه عدل بوقف على بنيه معقبا بأن قال: وقفت داري مثلا على بني وعقبهم بطنا بعد بطن.

وضمير (بنيه) للواقف ومثله بني زيد واليمين هنا متعذرة من العقب متى سرة من البنين، بخلاف السابقة فإنها متعذرة من الجميع كما مر ومثل العدل المرأتان.

والمعنى: أن من شهد عليه عدل واحد بأنه وقف داره مثلا على بنيه معقبا فإنه يحلف مع الموجودون من الموقوف عليهم مع الشاهد ويثبت الوقف وإن حلف بعض الموجودين دون بعض، ثبت نصيب من حلف دون غيرهم.

وإن نكل الجميع فكالوقف على الفقراء بحلف المطلوب فإنه لم يحلف ثبت الوقف كما أشار لذلك بقوله: (وإلا فكالفقراء) أي: وإلا يحلف الموجودون فكالوقف على الفقراء الذي تقدم فيه أنه يحلف ولا المدعى عليه وإلا يحلف ثبت الوقف، وإذا حلف المطلوب وبطل الوقف على الموجودين ففي تمكين الطبقة الثانية يمين خلاف في «بن» ورد واستظهر المازري وغيره الأول؛ لأن أخذهم بقصد الحبس لا بطريق الإرث عن آبائهم.

● ص:

ولا يمين على ذرية الحالف وحلفت ذرية من نكل.

● ش:

يعني: أنه إذا حلف بعض الموجودين ونكل بعضهم ثم مات الحالفون فإن

الوقف ينتقل لذرية الجميع من حالفين وناكلين ولا يمين على ذرية الحالف وحلفت ذرية الناكل وإنما استحقت ذرية الناكل؛ لأنهم إنما تلقوه عن جدهم المحبس فلا يضرهم نكول أبيهم.

● ص:

ولا شيء له بموت الحالف.

● ش:

يعني: أنه إذا حلف البعض من الموجودين مع الشاهد ونكل بعضهم واستحق الحالف دون الناكل ثم مات الحالف فإنه لا شيء للناكل بموت الحالف على الراجح مما في الأصل لبطلان حقه بنكوله بل ينتقل الوقف للبطن الثاني إذ انقرض الحالفون وإذا انتقل للبطن الثاني دخل أولاد الناكلين مع أولاد الحالفين ولا يضرهم نكول آبائهم كما سبق.

لكن لا يمين على أولاد الحالفين؛ لأنهم إنما يأخذونه بالوراثة عن آبائهم ويحلف أولاد الناكلين كما مر.

ومقابل الراجح يقول: إذا مات الحالف استحق نصيبه أهل طبقته من إخوته الناكلين؛ لأن نكولهم أولًا عن الحلف عن نصيبهم لا يمنع استحقاقهم نصيب الحالف الميت.

ثم شرع في بيان نقل الشهادة، وبدأ بذكر الشهادة على حكم الحاكم لشبهها له لكونها نقلا لحكمه فقال:

● ص:

وانما يشهد على الحكم بالاشهاد.

● ش:

يعني: أنها لا تجوز الشهادة على حكم الحاكم إلا بشهادة منه بأن يقول: اشهدوا على حكمي فإذا قال ذلك جاز النقل عنه.

والإشهاد من الحاكم تعديل للناقلين عنه فلا يجرحهما غيره.

أما إذا قال: الحاكم حكمت بذلك كطلاق أو ثبت عندي أن لفلان على فلان

كذا. فلا يشهد على حكمه ولا فرق بين الأمور الخاصة كما مثلنا أو العامة كثبوت رمضان فلا تجوز الشهادة عليه في شيء من ذلك حتى يقول: اشهدوا على حكمي.

• ص:

كالنقل وإن لنقل.

• ش:

تشبيه في أنه لا بد من إشهار المنقول عنه.

يعني: أن نقل الشهادة لا بد فيه أن يقول المنقول عنه: اشهدوا على شهادتي إن كان ذلك النقل لأصل بل ولو كان لنقل ولو تسلسل فيجوز النقل عن الشاهد الأصلي وعن الناقل ولو تسلسل، فلا فرق بين النقل وبين النقل لكن بشرط أن يقول المنقول عنه للناقل: اشهد على شهادتي، أو نحو ذلك كانقلها عني ولا يطالب الناكل بتاريخ النقل.

والنقل عرفه ابن عرفة بقوله: النقل عرفا أخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه لقاض فيدخل نقل النقل ويخرج الإخبار بذلك لغير قاض. انتهى.

وقوله: (الشاهد) أخرج به من ليس بشاهد إذا أخر بما سمع لا على وجه الشاهدة وأطلق الشاهد على من تحمل السماع.

وقوله: (عن سماعه شهادة غيره) معناه أنه أخبر عن الذي سمعه بذكر شهادة عنده و(عن سماعه) متعلق بـ(إخبار). والضمير عائد على الشاهد و(شهادة غيره) مفعول لسماعه لا.

وقوله: (أو سماعه إياه) عطف على السماع والضمير المضاف إليه يعود على الشاهد و(إياه) عائد على (الإخبار) وذكر هذه الزيادة ليدخل نقل النقل. أفاده «خ».

• ص:

ورؤيته يؤدي كالإشهاد.

• ش:

يعني: أن رؤية الشاهد يؤدي الشهادة عند القاضي بمنزلة الإشهاد فكأنه قال له: اشهد على شهادتي فينقل الشهاد عنه ولو لم يعرفه وتثبت عدالته بغيره.

تنبيه:

إذا سمع شخص الشاهد الأصلي يقول لآخر: اشهد على شهادتي هل يجوز له النقل عنه أو لا خلاف شهر بعضهم الأول.

ثم شرع في ذكر من تنقل عنه الشهادة فقال:

● **ص:**

عن امرأة أو ميت أو من لا يلزمه الأداء ولا يكفي في الحدود ثلاثة أيام.

● **ش:**

قوله: (عن امرأة) جار ومجرور متعلق بمحذوف أي: والنقل عن امرأة أو متعلق بالنقل المتقدم وهو المجرور بكاف التشبيه.

يعني: أن نقل الشهادة يصح عن امرأة ولو حاضرة للعورة والضعف الذي طبعت عليه.

وكذا يصح النقل عن الشاهد الأصلي إذا مات وقد كان أشهد الناقل قبل موته، وكذا إذا مرض مرضا يتعسر معه الحضور عند الحاكم.

وكذا يصح النقل عن من لا يلزمه الأداء لبعد غيبته بمسافة القصر كما سبق، وهذا في غير الحدود.

أما الحدود فلا يكفي في النقل فيها عن الشاهد الأصلي غيبة ثلاثة أيام بل لا بد من الزيادة عليها حتى يجوز النقل عنه.

وقيل: إن الحدود كغيرها فيكفي فيها بعد الغيبة كمسافة القصر وهو مذهب سحنون والأول قول ابن القاسم وعلم من كلامه أن رجل الصحيح الحاضر أو قريب الغيبة لا يجوز النقل عنه ويلزمه أداء الشهادة لا بنفسه وهو كذلك.

● **ص:**

وفسق الأصل بعد أداء النقل وعداوته لغو.

● **ش:**

يعني: أنه إذا طرأ فسق للشاهد الأصلي بعد أداء النقل عنه عند الحاكم أو طرأ بينه وبين المشهود عليه عداوة فإن طروئهما بعد الأداء لغو ولو قبل الحكم على الراجح كما في حاشية الخَرَشي والبناني.

وكذا لا يضر طروء جنون للأصل بعد نقل الشهادة عنه كالموت والمرض.

ومفهوم قوله: (بعد الأداء): أنه لو طرأ الفسق أو العداوة بعد النقل، وقيل: الأداء عند الحاكم لم يجز للناقل التأدية للحاكم وهو كذلك كما في الأصل وغيره، فإن زال الفسق عن الأصل فهل ينقل عنه بالسماع الأول أو لا بد من إذن ثمات خلاف.

● ص:

كتكذيبه بعد الحكم ولا يغرم الناقل.

● ش:

تشبيه في الإلغاء وعدم الضرر و(تكذيب) مصدر مضاف لغة لفاعله وهو ضمير الأصل ومفعوله محذوف وهو الفرع الناقل عنه أي: كتكذيب الأصل الناقل عنه.

وقوله: (بعد الحكم) راجع للتكذيب فقط فلذا قرنه بالكاف.

يعني: أن الأصل إذا كذب الناقل عنه بعد الحكم بشهادة النقل فإن تكذيبه له لغو فيمضي الحكم ولا يغرم الناقل. وأولى لا يغرم الأصل المكذب له وإنما مضي الحكم ولم يغرم الشهود؛ لأن الشهود لم نقطع بكذبهم والحكم صدر عن اجتهاد فلا ينقضي.

ومفهوم (بعد الحكم): أنه إذا كذبه قبل الحكم بشهادة النقل ضر، كما قال «الش»: (ويضر قبله) أي: ويضر تكذيب الأصل لفرعه قبل الحكم؛ لأن تكذيبه قبله رجوع عن الشهادة ولا فرق بين أن يكذبه حقيقة أو حكما كشك في أصل شهادته.

قال «خ»: وشك الأصل مع جزم الفرع بمنزلة الإنكار.

والحاصل: أنه متى كذبه قبل الحكم حقيقة أو حكما لم يجز له النقل عنه.

● ص:

وانما ينقل عدلان.

● ش:

يعني: أن كل واحد من شاهدي الأصل لا ينقل عنه إلا عدلان أو امرأتان مع رجل في باب شهادتين وهو المال وما آل إليه وما لا يظهر للرجال كالولادة وعيب الفرج، بخلاف نحو العتق والطلاق والقصاص فلا يصح فيه نقل النساء.

وبعبارة: يجوز نقل امرأتين مع رجل عن رجل عن ناقل عن رجل أو امرأة في الأموال وما يئول إليها أو كالولادة والاستهلال ونحو ذلك مما تقبل فيه شهادتهن أما نقل النساء لا مع رجل فلا يجوز وأما ما لا تقبل فيه شهادتهن كالعتق والطلاق فلا يجوز نقلهن فيه انفردت أو كن مع رجل.

ثم إن قوله: (وإنما ينقل عدلان) صادق بما إذا نقل اثنان عن واحد ثم عن آخر وقال الأصلان لهما معًا: اشهدا على شهادتنا وبما إذا نقل أربعة عن كل واحد اثنان متغايران وبثلاثة نقل اثنان منهم عن زيد وأحدهما مع الثالث عن عمرو.

فقوله الآتي: (عن كل راجع لهذه) أيضًا أي: وإنما ينقل عدلان عن كل واحد من الاثنين الأصليين وهذا في غير الزنى، وأما في الزنى فينتقل عن كل واحد من الأربعة الأصول أربعة عدول فلو شهد ثلاثة عن ثلاثة وواحد عن الأربعة لم يتم الحكم إذ الرابع لم يشهد على شهادته اثنان ولا بد وإن يقول شهود الزنى لمن ينقل عنهم: اشهدوا عنا أنا رأينا فلانا يزني وهو كالمِرْود في المُكْحُلة ولا تجب التفرقة في الناقلة، بخلاف الأصول. كما في «خ»، وإلى ما ذكرنا أشار بقوله:

● ص:

وفي الزنى أربعة عن كل.

● ش:

الجار والمجرور عطف على محذوف أي: وإنما ينقل في غير الزنى عدلان عن كل وفي الزنى أربعة عن كل واحد من الأربعة الأصول ولو اتخذت الأربعة الناقلة فيصدق كلا من بأربعة ينقلون عن كل واحد وبستة عشر ينقل كل أربعة منهم عن كل واحد.

● ص:

أو عن كل اثنين اثنان.

● ش:

قوله: (أو عن كل اثنين) عطف على قوله: (عن كل) السابق أي: وفي الزنى أربعة عن كل ولو اتخذت، أو أربعة ينقل عن كل اثنين من الأصول اثنان وأولى إذا نقل

عن كل واحد اثنان فيكون الناقل ثمانية، وكذا ثلاثة عن كل واحد وعلى الرابع اثنان فيكون الناقل إحدى عشر، وكذا يجوز اثنان عن ثلاثة وعلى الرابع اثنان على قول عبد الملك ابن الماجشون وهو الأوجه كما في «بن» خلافًا لما في التوضيح.

وأما لعبد الملك نسب ابن عرفة مثله لابن القاسم ووجه ما في التوضيح أنها لا تصح شهادة الفرع، إلا حيث تصح شهادة الأصل لو حضر والرابع لو حضر مع الاثنين الناقلين عن الثلاثة لم تصح الشهادة لنقص العدد؟

والجواب: أن المعتبر حضور الأصل مع الأصول لا معه الفروع كما فرضتم.

ووجهه بعضهم بأنه نقص عدد للفرع عن عدد الأصل حيث نقل عن الثلاثة اثنان.

وأجيب: بأن الاثنين نقلا عن كل واحد من الثلاثة فالاثنان الناقلان عن الثلاثة في قوة ستة رجال ينقل كل اثنين منهم عن واحد من الثلاثة.

والحاصل: أنه إذا نقل اثنان عن ثلاثة واثنان عن الرابع، فقال في التوضيح: إن هذه الصورة لا تدخل على المشهور وتدخل على قول ابن الماجشون، قال: وإنما لم تدخل على المشهور؛ لأنه اشترط أن يكون عن كل اثنين اثنان. اهـ.

أي: ولا يشهد اثنان على ثلاثة وجوز ذلك ابن الماجشون واعلم أنه يشترط في الناقلين أن لا يكون أحدهم أصلًا فإذا كان أحدهم من الأصول بطل النقل.

● ص:

وضم نقل لأصل.

● ش:

يعني: أنه يجوز ضم شهود النقل لشهود الأصل في الزنى وغيره كأن يشهد اثنان برؤية الزنى وينقل اثنان عن كل وأخذ من الاثنين الآخرين وكذلك لو شهد ثلاثة بالرؤية واثنان نقلا عن واحد فإنها تتم الشهادة.

● ص:

وجاز تزكية ناقل لأصله لا عكسه.

● ش:

يعني: أنه يجوز للناقل أن يزكي أصله الذي نقل عنه وظاهره الجواز ولو زكاه بعد

النقل ولم ينظروا للتنمية في ترويج نقله؛ لأنه خفق فيها ما لا يخفق في الشهادة الأصلية.

وأما عكس ذلك وهو أن يزكي الأصل من نقل عنه فلا يجوز؛ لأنه يتم على راحة نفسه من الشهادة فالتهمة في هذه أقوى منها فيما قبلها.

● **ص:**

ونقض إن تبين كذبهم كحياة المقتول وجب الزاني.

● **ش:**

يعني: أن الشهود إذا ثبت كذبهم فإنه ينقض الحكم كما إذا شهد بأن فلانا قتل فلانا عمدا فقدم المشهود بقتله فلا يقتص من القاتل وإذا تزوجت زوجته فلا تفوت عليه بدخول الثاني وكما إذا شهدوا بزنى رجل فثبت أنه مجبوب قبل الزنى فلا يرجم وليس على الشهود حد قذف إذ لا حد على من قذف مجبوبا بالزنى. قاله في المدونة. اهـ «بن». أفاده «حش».

وقوله: (ونقض) أي: إن أمكن نقضه كما قال ابن الحاجب، وذلك قبل الاستيفاء في القتل والقطع، فإن لم يثبت كذبهم إلا بعد الاستيفاء لم يبق إلا الغرم أي: غرم دية النفس أو اليد مثلا كما يأتي.

ففي مثالي «المص» إن ثبت كذبهم قبل القصاص والرجم فلا قصاص ولا رجم وإن ثبت كذبهم بعد ذلك غرموا الدية.

ثم شرع في مسائل رجوع الشاهدين عن الشهادة فقال:

● **ص:**

وسقطت برجوعهم قبل الحكم ثانية رجعا لها.

● **ش:**

يعني: أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد الأداء وقبل الحكم فإنها تسقط شهادتهم برجوعهم قبله سواء كانت بدم أو مال كشهادة ثانية بدم أو مال رجعا لها بعد الأولى وادعيا الوهم والغلط فإنها تسقط شهادتهما؛ لأن الشهادة مع الوهم جرعة في الشاهد فإذا شهدا على شخص عند القاضي بدم أو مال ثم بعد الشهادة

وقبل الحكم بها قالا: وهمنا في شهادتنا ليس الذي شهدنا عليه هذا الشخص بل هو هذا لشخص غيره فإنها تسقط شهادتهم الأولى والثانية أما الأولى فلاعترافهم بالوهم والغلط والثانية لعدم عدالتهما حيث شهدا مع الوهم.

قال «دك»: وكذا بعد الحكم وقبل الاستيفاء في الدم لا في المال فلا تسقط بل يغرمه المشهود عليه للمدعي ثم يرجع به عليهما. اهـ.

ثم أشار لمفهوم قوله: (قبل الحكم) فقال:

● ص:

لا بعده فيستوفي وغرما مالا ودية ولو عمدا.

● ش:

يعني: أن الشاهدين إذا رجعا عن شهادتهما بعد الحكم فإن الحكم لا ينقض فيستوفي الحاكم ما حكم به من قتل أو مال ويغرم الشاهدان المال الذي أتلفاه بسبب شهادتهما ولو قالا: غلطنا؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء.

وكذا يغرمان الدية إذا شهدا بالقتل ولو عمدا عند ابن القاسم.

وقال أشهب: يقتص منهم إذا تعمدوا الزور، قال الأصل وهو أقرب: لأنهما قتلا نفسا بغير شبهة وعلى قول ابن القاسم يرجعان ضربا ويطال سجنهما ويغرمان الدية في مالها.

وبعبارة: إذا رجعا عن شهادتهما بعد الحكم فإن الحكم لا ينقض سواء كان الحكم بمال أو نفس وسواء تعمدا الزور أو لا.

قال ابن القاسم: إذا رجعا في طلاق أو عتق أو دين أو قصاص أو حد أو غير ذلك فإنهما يضمنان قيمة المعتق وفي الطلاق إن دخل بالزوجة فلا شيء عليهما وإن لم يدخل ضمنا نصف الصداق للزوج ويضمنان الدين ويضمنان القتل في القصاص في أموالهما. اهـ. قاله «خ».

وعلم من كلام «المص» أنهما إذا رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء يستوفي الحاكم ما حكم ولو قتلا وهو أحد قولين في القتل.

والحاصل: أنهما إذا رجعا بعد الحكم والاستيفاء جميعا فلا نقض باتفاق وإن

رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ففي المال لا ينقض قطعا وفي الدم قولان، مشي «المص» على عدم النقض حيث قال: (لا بعده فيستوفي).

● ص:

لا المزكي ولا شاهدي الإحصان.

● ش:

قوله: (لا المزكي) عطف على فاعل (غرم) وهو الألف ضمير المثني أي: وغرم الشاهدان إذا رجعا المزكي فلا يغرم إذا رجع عن التزكية.

يعني: أن المزكي وشاهدي الإحصان لا غرم عليهما إذا رجعا والغرم مختص بشهود الحق الأصول وشهود الزنى إذا رجعوا.

وصورة الأولى: أنه شهد اثنان على إنسان بحق وزكاها اثنان آخران ثم رجع المزكيان فقط أو هما مع شهود الأصل فإنه لا غرامة على المزكي؛ لأن الحق بغيره أخذ وإنما الغرامة على الشاهدين؛ لأن بهما قام الحق.

وصورة الثانية: أنه شهد أربعة بالزنى واثنان بالإحصان فرجم المشهود عليه ثم رجع الستة فإنه لا غرم على شاهدي الإحصان في الدية لأنهما لم يضيفا عيبا للزوج والغرامة كلها على شهود الزنى.

وبعبارة: إذا شهد أربعة بزنى شخص، واثنان بإحصانه فرجم ثم رجع الستة اختص شهود الزنى بغرم الدية ولا يشاركهم فيها شاهد الإحصان؛ لأن شهادتهما منفردة لما كانت لا توجب حدا صارت غير منظور لها، بخلاف شهود الزنى هذا مذهب ابن القاسم وهو الراجع.

وقال أشهب: يغرم الجميع لتوقف الرجم عليهم وعليه فهل الستة يستوون في الغرم أو على شاهدي الإحصان نصفها؛ لأن الشهود نوعان فيكون على كل نوع النصف ولم يذكروا في رجوع المزكي خلاف.

أشهب: المذكور في شهود الإحصان ولعله يستخرج بالأحرى من شاهدي الإحصان تقدم ثبوت شيء دون المزكي، بخلاف شاهدي الإحصان فإنه يثبت بدونهما الجلد. قاله المسناوي رحمه الله، أفاده «حش».

● ص:

وأدبوا في قذف وحدوا في زنى.

● ش:

يعني: أن الشهود إذا شهدوا بقذف وحد القاذف للقذف ثم رجعوا عن الشهادة به، فإن الحاكم يؤدبهم على ذلك فإن أتلفا مالا أو نفسا غرما المال أو الدية.

وكذا يؤدب الشهود إذا رجعوا عن الشهادة بشتم أو لطم أو ضرب سوط ونحو ذلك وإذا شهدوا بزنى شخص ثم رجعوا عن الشهادة به فإنهم يحدون جميعا حد القذف مطلقًا رجعوا قبل الحكم أو بعده قبل الاستيفاء أو بعده بحد أو رجم مع الغرم في الرجم كما مر ما لم يثبت أن المشهود عليه به كان مجبوبا أو غير عفيف فلا يحدون للقذف على الراجح.

● ص:

كرجوع أحد الأربعة قبل الحكم وبعده حد الراجع.

● ش:

تشبيه في حد الأربعة؛ يعني: أنه إذا شهد أربعة على شخص بالزنى ثم رجع واحد منهم قبل الحكم فإن الشهود الأربعة يحدون حد القذف؛ لأن الشهادة لم تكمل أما إذا رجع أحد الشهود بعد الحكم فإنه يحد الراجع فقط على المشهود ولاعترافه على نفسه بالقذف دون غيره والحاكم نافذ تام بشهادة الأربعة فيستوفي من المشهود عليه ما شهد به عليه، بخلاف ما إذا ظهر بعد الحكم أن أحد الأربعة عبد فإن الحد على الجميع فإن تبين أن أحدهم فاسق بعد الحكم فلا حد على واحد منهم؛ لأن الشهادة تمت باجتهاد القاضي وألحقوا بالعبد الكافر والأعمى فيما لا تقبل شهادته فيه وولد الزنى كذلك والمولى عليه. قاله «خ».

● ص:

وان رجع اثنان من ستة فلا غرم ولا حد إلا أن يتبين أن أحد الأربعة عبد فيحد الراجعان وعليهما فقط ربع الدية.

● ش:

يعني: أنه إذا شهد ستة على شخص بالزنى فأقيم عليه الحد ثم رجع اثنان من

الستة فإنه لا غرم عليهما ولا حد؛ لأن الشهادة تمت بالأربعة وصار المشهود عليه غير عفيف، نعم يؤدبان بالاجتهاد ومحل عدم الغرم والحد عليهما ما لم يثبت بعد الاستيفاء ورجوع الاثنين إن أحد الأربعة الباقية عبد فإن ثبت ذلك فإنه يحد العبد نصف حد الحر ويحد الراجعان حد القذف؛ لأن الشهادة لم تتم وعلى الراجعين فقط ربع الدية؛ لأن ما زاد على الثلاثة ولو كثر في حكم الواحد تكمله النصاب ولا يغرم العبد؛ لأنه لم يرجع عن الشهادة وأيضًا فإن العبد لا مال له؛ لأن ماله لسيده وإنما حد العبد والراجعان؛ لأن الشهادة لم تتم؛ لأن الحد قد أقيم بشهادة أربعة بطل أحدهم لكونه عبدا ولا حد على الثلاثة الباقين ولا غرامة؛ لأنه قد شهد معهم اثنان ولا عبرة في حقهم برجوعهما؛ لأن شهادتهما معمول بها في الجملة بدليل أن الحكم المرتب عليها لا ينقض، بخلاف ما إذا تبين أن أحد الأربعة عبد فيحد الجميع كما مر؛ لأن شهادته لا عبرة بها فهي عدم شرعا فلم يبق أربعة غيره وهذا الفرق بعينه أشار له «خ» بقوله:

فإن قلت: قد مر أنه إذا ثبت أن أحد الأربعة عبد يحد الجميع وهنا جعلتم الحد عليه وعلى الراجعين فقط.

قلت: لأنه في الأولى لم يبق أربعة غيره، بخلاف ما هنا فإنه بقي خمسة غيره؛ لأن شهادة الراجعين معمول بها في الجملة ألا ترى أن الحكم المرتب عليها لا ينقض.

وبعبارة: إذا رجع اثنان من ستة فلا غرم ولا حد على أحد؛ لأن الشهادة تمت بالأربعة الباقية وصار المشهود عليه غير عفيف إلا أن يثبت بعد الاستيفاء ورجوع الاثنين أن أحد الأربعة الباقية عبد أو فاسق أو كافر فيحد الراجعان والعبد حد القذف؛ لأن الشهادة لم تتم وعليهما فقط أربع الدية دون العبد ولا غرم ولا حد على الثلاثة الذين لم يرجعوا، بخلاف ما إذا ظهر بعد الحكم أن أحد الأربعة عبد فيحد الجميع؛ لأنه لم يبق أربعة غيره، بخلاف ما هنا فإنه بقي خمسة غيره؛ لأن شهادة الراجعين معمول بها في الجملة ألا ترى أن الحكم المترتب عليها لا ينقض. قاله «عب».

فإن قلت: مقتضى ذلك أن العبد لا يحد هنا.

قلت: لما كانت شهادته باطلة في نفسها لذاته عد قاذفا. قاله «حش».

ومثل العبد الفاسق والكافر كما سبق، وكذا إذا ظهر أن أحدهم زوج ويتوجه عليه اللعان فإن نكلت فلا حد عليهم، كما نقله «حش» عن البدر والسيد.

• ص:

كرجوع ثلاثة فإن رجع رابع حد وغرم الكل نصف الدية.

• ش:

هذا تشبيه في حد الراجع وغرم ربع الدية يعين أنه إذا رجع ثلاثة من ستة أحرار شهدوا بالزنى فإن الثلاثة الباقين يحدون للقذف؛ لأن الباقين ثلاثة فلم يتم النصاب ويغرمون ربع الدية فقط؛ لأن ما زاد على الثلاثة ربع ويوزع الربع عليهم ثلاثا فإن رجع معهم رابع فإنه يحد للقذف ويغرم الأربعة كلهم نصف الدية أرباعا وهكذا كل واحد بربع على الرءوس فإذا رجع خامس فثلاثة أرباع بينهم أخماسا فإن رجع سادس فجميع الدية بينهم أسداسا وسكت عن هذا الوضوح.

• ص:

وإن رجع أحد الستة بعد فقء عينه وثان بعد موضحته وآخر بعد موته فعلى الثلاثة ربع دية النفس فقط.

• ش:

يعني: أنه إذا شهد ستة على محصن بالزنى فأمر الحاكم برجمه فرجع أحد الستة بعد، ففي عينه بالرجم ثم رجع ثان بعد موضحة أصابته بالرجم ثم رجع ثالث بعد موته بالرجم فإنه يلزم الثلاثة الراجعين ربع دية النفس فقط دون دية العين والموضحة؛ لأن الأطراف تندرج في النفس كما يأتي.

وفي الأصل أن الأول عليه سدس دية العين فقط؛ لأنها ذهبت بشهادة ستة هو أحدهم وعلى الثاني خمس دية الموضحة؛ لأنها حصلت بشهادة خمسة هو أحدهم وعليه أنه سدس دية العين؛ لأنها ذهبت بشهادة ستة هو أحدهم وعلى الثالث ربع دية النفس؛ لأنها ذهبت بشهادة أربعة هو أحدهم ولا شيء عليه من دية العين

والموضحة لاندراجها في النفس وما أوجبت الغرم على الأول والثاني إلا رجوع الثالث فلو لم يرجع لم يرجع واحد منهما لما سيأتي من أنه إذا رجع من يستقل الحكم بدونه فلا غرم على الراجع، ولكن ما في الأصل مبني على قول ابن المواز أن الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء يمنع من الاستيفاء وهو ضعيف والمعتمد أن الرجوع بعد الحكم كالعدم لا يمنع من الاستيفاء وهو قول ابن القاسم.

فعلى الثلاثة الراجعين ربع دية النفس دون العين والموضحة؛ لأنه حينئذ قتل بشهادة الستة ودية الأعضاء تندرج فيها وعلى ذلك مشي «المص»، والله أعلم.

• ص:

ومُكِّن مدع رجوعا من بينة.

• ش:

(مدع) نائب فاعل (مُكِّن) و(رجوعا) مفعول (مدع) و(من بينة) متعلق بمُكِّن.

يعني: أن المشهود عليه إذا ادعى على الشاهدين الرجوع عن الشهادة فإنه يمكن من إقامة بينة عليهما بالرجوع فيغرمان له ما غرمه بشهادتهما لو أقر بالرجوع كما مر ففائده تمكينه من إقامة البينة تغريم ما غرمه وسواء أتى بلطخ أم لا.

وكذا يمكن من يمينها إذا ادعى عليهما الرجوع لكن بشرط أن يأتي بلطخ كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

كيمين إن أتى بلطخ.

• ش:

قوله: (إن أتى بلطخ) شرط فيما بعد الكاف و(اللطخ) الشبهة والقرينة كأن يتحدث الناس بالرجوع أو يكون معه شاهد غير عدل أو امرأتان فيما ليس بمال ولا إبل إليه كطلاق وعتق.

والمعنى: أن المشهود عليه إذا ادعى رجوع البينة عن الشهادة فانكرت وطلبت منها اليمين فإنه يمكن من يمينها أنها لم ترجع إن أتى بلطخ يقوي دعواه فإن حلفت برئت من الغرامة وإلا حلف المدعي أنها رجعت وأغرمها ما غرمه فإن نكل

فلا شيء له عليها.

● ص:

ورجوعهما عن الرجوع لغو.

● ش:

يعني: أن الشاهدين بحق إذا رجعا عن الشهادة ثم رجعا عن الرجوع فإن رجوعهما عن الرجوع لغو لا يقبل منهما ويغرمان ما أتلفاه بشهادتهما كالراجع المتمادي؛ لأن رجوعهما عن الرجوع يعد ندما ولأنهما بمنزلة من أقر ورجع عن إقراره.

● ص:

ومن اقتص عالما بكذبهم قتل دونهم.

● ش:

يعني: أن الحاكم أو الولي إذا علم بكذب شهود القتل أو القطع أو الرجم واقتص من المشهود عليه عالما بكذبهم فإنه يقتص منه دون الشهود وسواء باشر القصاص أو لا فإن علم الحاكم والولي معًا اقتص منهما معًا.

وأما إن لم يعلم الحاكم بكذبهم وإنما علم فيهم بمجرح آخر فلا يقتص منه وإنما يغرم الدية في ماله؛ لأنه لا يلزم من المجرح الكذب كما سبق في القضاء نبة عليه «بن» أفاده «الش».

● ص:

ولا غرم إن رجعا عن طلاق من دخل بها وإلا فنصفه.

● ش:

قوله: (وإلا) مفهوم (دخل) أي: وإلا يدخل فنصف الصداق يلزمها.

يعني: أن الشاهدين إذا شهدا على زوج بطلاق زوجته التي دخل بها ثم رجعا عن شهادتهما بطلاقها فإنه لا غرم عليهما للزوج لأنهما لم يتلفا عليه بشهادتهما مالا وإنما فوتا عليه الاستمتاع وهو لا قيمة له.

وأما المهر فلازم له بالمس، وأما إن لم يكن دخل بها فإنهما يغرمان له نصف

الصداق الذي غرمه للزوجة وبنوا هذا على أنها لا تملك بالعقد شيئا و إنما يجب لها النصف بالطلاق وهو مشهور مبني على ضعيف إذ المذهب أنها تملك بالعقد النصف وعليه فلا غرم عليهما ولكن لا غرابة في بناء مشهور على ضعيف.

تنبيه:

إذا شهدا على ولي الدم بأنه عفى عن القاتل عمدا فحكم الحاكم بالعفو وسقط القصاص ثم رجعا عن شهادتهما فإنه لا غرم عليهما لأنهما لم يفوتا على الولي مالا و إنما فوتاه استحقاق القصاص وهو لا قيمة له، نعم يؤدبان ويجلد القاتل ويحبس سنة.

● **ص:**

كرجوعهما عن دخول مطلقة سمي لها وإلا فالجميع.

● **ش:**

هذا تشبيه في غرمها النصف، و(إلا) مفهوم قوله: (سمي لها) أي: وإلا يكن لها مسمي بأن كان النكاح تفويضا فجميع الصداق يغرمانه للزوج والكلام في مطلقة ثابتة الطلاق ببينة أو بإقرار الزوج.

والمعنى: أن من طلق زوجته التي سمى لها صداقا عند العقد وأنكر الدخول بها فشهد عليه به شاهدان فغرم لها جميع الصداق ثم رجعا عن شهادتهما بالدخول فإنهما يغرمان له نصف الصداق فإن رجع أحدهما غرم له ربعه.

وأما إن لم يسم لها بل نكحها تفويضا فإنهما يغرمان له جميع الصداق إذا لولا شهادتهما ما غرم بالطلاق شيئا؛ لأن نكاح التفويض إنما تستحق فيه الصداق بالوطء لا بالطلاق ولا بالموت.

● **ص:**

وإن رجعا شاهدا طلاق وشاهدا دخول فعلى الأخيرين فقط نصف الصداق إلا أن تموت.

● **ش:**

المراد بـ(الأخيرين) شاهد الدخول.

فقوله: (فقط) احترز عن الأولين وهما شاهدا الطلاق فإنهما لا يغرمان شيئًا.

وقوله: (إلا أن تموت) أي: الزوجة مستثنى من عموم الأحوال أي: وإن رجع الأربعة فعلى الأخيرين نصف الصداق في كل حال من الأحوال إلا في حال موتها فلا يغرمانه بل يرجعان به عليه فكأنهما لم يغرما شيئًا؛ لأن قرار الغرم على الزوج.

يعني: أنه إذا شهد اثنان على زوج بطلاق زوجته وآخران بدخوله فحكم عليه الحاكم بالطلاق وجميع الصداق الأربعة فعلى الأخيرين فقط نصف الصداق يغرمانه للزوج كما حققه الرماصي لا جميع الصداق كما قال غيره.

وأما الأولان فراجعان عن طلاق مدخول بها فلا يغرمان شيئًا كما مر وإذا أخذ الزوج نصف الصداق من شاهدي الدخول تم له ولا منازع له فيه إلا أن تموت الزوجة وهو مستمر على إنكار الطلاق فإنهما يرجعان عليه به؛ لأنه بإنكاره الطلاق تكمل عليه المهر بالموت.

وقولنا وهو مستمر على إنكار الطلاق احترازًا مما إذا قربا بالطلاق وشهدا عليه بالدخول ثم رجعا فإنهما لا يرجعان عليه بشيء عند موتها لانتفاء العلة المتقدمة وإن مات الزوج وهو منكر الطلاق فمقتضى التعليل المتقدم أنه كموتها فيرجعان في تركته، كما قال «حش».

وبعبارة: إذا شهد اثنان بطلاق وآخران بدخول فحكم بجميع الصداق ثم رجع الأربعة عن الشهادة فإن شاهدي الدخول يختصان بغرم نصف الصداق للزوج؛ لأنه إنما دفعه بشهادتهما دون شاهدي الطلاق؛ لأنه بمنزلة رجوعهما عن طلاق مدخول بها ولا غرم عليهما فإذا ماتت الزوجة بعد ذلك والزوج مستمر على إنكار طلاقها فإن شاهدي الدخول يرجعان عليه بما غرماه له؛ لأن موتها في عصمته على دعواه يكمل عليه الصداق في نكاح التسمية.

وأما في نكاح التفويض فلا رجوع لها عليه بشيء؛ لأن الموت فيه قبل الدخول لا يوجب شيئًا كالطلاق فإن قال الزوج لها عند رجوعهما عليه في نكاح التسمية: أنا كنت أرث في الصداق لولا الشهادة علي. فلهما أن يقولا له: إن فوات الإرث ليس منا بل من شاهدي الطلاق. انظر «حش».

● ص:

وعن طلاق غرمت لأحد الزوجين إرثه.

● ش:

الجار والمجرور متعلق بمحذوف معطوف على (رجع) السابق أي: وإن رجعت البينة عن طلاق غرمت... إلخ.

يعني: أنها إذا شهدت بينة بطلاق زوجة من زوجها ثم رجعت عن شهادتها بالطلاق ومات أحد الزوجين فإنها تغرم للحي منهما قدر إرثه من الميت الذي فوتته عليه بشهادتها إذ لولا شهادتها لورث.

وهذه المسألة أعم مما قبلها وهي أن كل شاهدين شهدا بطلاق امرأة ثم رجعا عن شهادتهما وماتت الزوجة أو الزوج فإنهما يغرمان للحي منهما ما فوتاه عليه من إرثه من الميت بشهادتهما ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده كان هناك شاهدا دخول أو لا.

● ص:

كنصف المسمى لغير المدخول بها.

● ش:

تشبيه في الغرم؛ يعني: أنهما إذا شهدا بطلاق زوجة غير مدخول بها وكان لها صداق مسمى فحكم الحاكم بالطلاق ونصف الصداق فدفعه الزوج لزوجته ثم رجعا عن شهادتهما بالطلاق ومات الزوج فإنهما يغرمان نصف المسمي لغير المدخول بها لأنهما فوتاه عليها بشهادتهما كما ترجع عليهما بإرثهما إذ لولا شهادتهما بالطلاق لكانت ترث وتستحق جميع الصداق.

وأما المنكوحة تفويضا فلا ترجع عليهما بشيء من الصداق؛ لأن الموت فيه قبل الدخول لا يوجب صداقا كالطلاق وإنما تستحق الصداق فيه بالوطء كما مر.

وموضوع هذه المسألة حيث لم يكن إلا شهود طلاق قبل الدخول إذ لو كان هناك شهود دخول أيضًا لم يكن لها رجوع على شاهدي الطلاق بنصف الصداق إذا لم يفوتا عليها صداقا؛ لأنها أخذت الصداق كاملا بشاهدي الدخول.

واحترز (بغير المدخول بها) من المدخول بها فإنها لا ترجع على شاهدي الطلاق بشيء من الصداق؛ لأنها أخذت مهرها كاملا للمسيس فلم يفوتا عليها مهرا كما سبق في قوله: (ولا غرم) إن رجعا عن طلاق من دخل بها.

وإذا ماتت الزوجة المشهود بطلاقها قبل الدخول فالزوج المنكر للطلاق لا يرجع على الشاهدين بالطلاق الراجعين عنه إلا بالإرث فقط كما علم مما مر. وأما ما غرمه لها من نصف الصداق فلا يرجع به عليها لاعترافه بتكميله عليه بالموت لإنكاره الطلاق قبل الدخول.

● ص:

وعن رد شاهدي طلاق أمة غرما نقصها.

● ش:

الجار والمجرور عطف على الجار والمجرور السابق وهو قوله: (وعن طلاق غرمت).

يعني: أنه إذا شهد شاهدان بطلاق أمة من زوجها قبل الدخول أو بعده وسيدها مصدق على الطلاق ثم إن شاهدين ردا شهادة شاهدي الطلاق بسبب جرح أو إقرار بالغلط كأن قالا: سمعنا كما تقرأ على أنفسكما بالغلط فحكم الحاكم بالزوجية وعدم الطلاق ثم رجعا عن رد شاهدي طلاق الأمة فإنهما يغرمان للسيد ما نقصته قيمة الأمة بسبب رجوعها للزوجية إذ رجوعها لها ثانيا عيب فتقوم بلا زوج ومتزوجة ويغرمان ما بين القيمتين.

وقولنا: وسيدها مصدق احترازًا مما إذا كان منكرا فإنهما لا يغرمان له شيئًا لأنهما لم يدخلا على أمته عيبا.

واحترز «المص» بالأمة عن ما إذا كان رجوعهما عن رد شاهدي طلاق مرة فإنهما لا يغرمان شيئا؛ لأن الحرة لا قيمة لها.

قال «خ»: والظاهر أن العبد كالأمة.

وبعبارة: إذا ادعى السيد أن زوج أمته طلقها أو أقام على ذلك بينة فادعى الزوج مطعنا في بينة الطلاق من فسق ونحوه أو أنها أقرت بأنها غالطة في شهادتهما

بالطلاق وأقام الزوج على ما ادعاه من المطعن بينة فحكم له الحاكم بالزوجية وعدم الطلاق ثم رجعت البينة عما شهدت به من المطعن في بينة الطلاق فقد أدخلا في الأمة عيب بقاء الزوجية بشهادة المطعن التي رجعا عنها فيغرمان للسيد نقص قيمتها.

● ص:

وعن خلع بثمرة لم تطب أو آبق فالقيمة حينئذ.

● ش:

الجار والمجرور عطف على الجار والمجرور السابق أيضًا أي: وإن رجعا عن خلع أي: عن الشهادة بخلع بثمرة... إلخ.

وقوله: (حينئذ) أي: حين الخلع و(حين) ظرف متعلق بالقيمة لما فيها من رائحة الفعل أو بمحذوف أي: معتبرة حينئذ أو يغرمانها حينئذ.

والمعنى: أنهما إذا شهدا على امرأة أنها خالعت زوجها بثمرة لم يبد صلاحها أو بعبد آبق أو نحو ذلك من كل غرر يصح به الخلع فحكم القاضي بصحة الخلع ولزومه ثم رجعا عن الشهادة بذلك فإنهما يغرمان للمرأة قيمة الثمرة وقيمة العبد حين الخلع على الغرر أي: على الرجاء والخوف ولا يؤخر التقويم والغرم لطيبه الثمرة وعود الآبق على الأحسن وهو قول عبد الملك واختاره ابن رشد كمن أتلف ثمرة لم تطب فإنه يغرم قيمتها حين الإتلاف على والخوف.

● ص:

وعن عتق غرما قيمته وولاؤه لسيده وغرما قيمة المؤجل واستوفيا من منفعته.

● ش:

يعني: أنهما إذا شهدا على السيد بعتق عبده ناجزا والسيد منكر فحكم عليه به ثم رجعا عن الشهادة بالعتق فإنهما يغرمان للسيد قيمة عبده يوم الحكم بعتقه ولا يرد العتق برجوعهما وولاه لسيده المنكر لاعترافها له بذلك وتغريمها قيمته لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما وهو منكر للعتق فالسيد يستحق ماله على مقتضى إنكاره للعتق فإذا مات العبد ولا وارث له فإن سيده يأخذ ماله. قاله المازري.

وهذا في العتق الناجز كما قررنا وأما إن كان رجوعهما عن شهادتهما بعتق لأجل وحكم به فإنهما يغرمان قيمة المؤجل الذي هما عن الشهادة به ويستوفيان ما غرماه من منفعته للأجل الذي شهدا به فإن زاد شيء من المنفعة على ما غرماه فهو للسيد وإن نقصت المنفعة عما غرما فما نقص عليهما إلا أن يموت ويترك مالا أو يقتله السيد فإنهما يستوفيان من المال أو من قيمته.

وكذا إن قتله غير السيد وأخذ السيد قيمته فإنهما يستوفيان من القيمة وما مشى عليه «المص» من أنهما يغرمان قيمة المؤجل ويستوفيان من المنفعة للأجل الذي شهدا به هو قول سحنون وهو أقوى الأقوال الثلاثة التي في الأصل.

والثاني: أنهما يغرمان القيمة حالا بعد أن يسقط منها قيمة المنفعة مدة الأجل على الرجاء والخوف وتبقى تلك المنفعة للسيد على حسب ما كان قبل رجوعهما فتسلم له المنفعة إلى الأجل فإن عاش العبد إليه خرج حرًّا فتقوم المنفعة على غررها بعشرة مثلا ويقوم العبد بعشرين وتسقط العشرة قيمة المنفعة من العشرين قيمة العبد فيغرمان له عشرة وهذا قول ابن عبد الحكم.

الثالث: أنه يخير السيد بين أن يسلم المنفعة لهما إلى الأجل بعد آخر القيمة منهما الآن بتمامها كما هو القول الأول بعينه وبين أن يتمسك بها إلى الأجل ويأخذ قيمته الآن منهما ويدفع لهما قيمة المنفعة شيئًا فشيئا على النقص حتى يتم الأجل.

يعني: أن كلما انقضى وقت دفع لهما ما يقابله على حسب ما يراه هو لأنهما، حتى يتم الأجل وهذا قول ابن الماجشون.

● ص:

والمكاتب واستوفيا من نجومه وباقيها للسيد فإن عجز فمن رقبته.

● ش:

(المكاتب) عطف على المؤجل أي: وغرما قيمة المكاتب إذا رجعا عن شهادتهما بكتابته.

يعني: أنهما إذا شهدا على السيد بكتابة عبده فحكم القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فإنهما يغرمان قيمة المكاتب عاجلا وتعتبر يوم الحكم واستوفيا ما غرماه

من نجوم كتابته فإن بقي لهما بشيء مما غرماه ضاع عليهما وإن زاد منها بشيء على ما غرماه فهو للسيد كما أشار لذلك بقوله: وباقيها للسيد أي: وباقي النجوم بعد أخذ ما غرماه للسيد وإن أدى المكاتب النجوم كلها عتق وخرج حرًّا وإن عجز ولو عن البعض رق وأخذ ما بقي لها من رقبته وهما أولى بهما من غيرهم، فإن لم تف رقبته بما نفي لهما فلا شيء لهما.

● ص:

وعن استيلاد من أرش جنايتها لا ما استفادته.

● ش:

يعني: أنهما إذا شهدا على رجل باستيلاد وأمته فحكم الحاكم باستيلائها ثم رجعا عن الشهادة بالاستيلاء فإنهما يغرمان للسيد قيمتها عاجلا يوم الحكم بأنها أم ولد ثم يستوفيانها من أرش جناية عليها أن جني عليها أحد في طرف أو نفس وما فضل لسيدها أما ما استفادته بهبة أو صدقة أو وثيبة ونحو ذلك فلا يستوفيان منه على الأقوى؛ لأنه منفصل عنها وقيل: يستوفيان منه؛ لأنه في معنى الأرش.

● ص:

ويعتق أم ولد لا غرم.

● ش:

يعني: أنهما إذا شهدا على السيد بأنه نجز عتق أم ولده وحكم به ثم رجعا عن شهادتهما فإنه لا غرم عليهما للسيد لأنهما لم يفوتا عليه إلا الاستمتاع كرجوعهما عن طلاق المدخول بها ويسير الخدمة لغو

● ص:

أو مكاتب فالكتابة.

● ش:

قوله: (أو مكاتب) عطف على قوله: (أم ولد) أي: وإن شهدا بعتق مكاتب ثم رجعا فالكتابة يغرمانها.

يعني: أنه إذا شهد على السيد بأنه نجز عتق مكاتبه فحكم القاضي بذلك ثم

رجعا عن شهادتهما فإنهما يغرمان للسيد الكتابة التي على المكاتب من عين أو عرض على نجومها أو ما بقي منهما بعد عتقه المحكوم به بشهادتهما ولا يغرمان قيمة الكتابة كما يوهمه قول ابن الحاجب غرما قيمة كتابته.

● ص:

أو مدبر أو مؤجل فقيمتهما كذلك.

● ش:

قوله: (أو مدبرا أو مؤجل) عطف على (أم ولد) أي: وإن شهدا على السيد بعتق مدبرا ومؤجل أي: شهدا عليه بتحيز عتقها ثم رجعا فإنهما يغرمان قيمتهما للسيد كذلك أي: على أن الأول مدبر والثاني معتق لأجل.

تنبيه:

إذا شهدا على السيد بأنه دبر عبده فحكم القاضي بذلك ثم ردعا فإنهما يغرمان للسيد قيمته الآن وتعتبر يوم الحكم بتدبيره ويستوفيانها من خدمته ثم إذا مات سيده وعتق بأنه حمله الثلث فإن كانا استوفيا ما غرماه فلا كلام وإن كان بقي لهما منه شيء فقد ضاع عليهما، فإن لم يحمله الثلث أو حمل بعضه فإنهما أولى من غيرهما من أصحاب الديون مما رق منه إلى أن يستوفيا ما بقي لهما مما غرماه ذكره الأصل وشراحه. وانظر لم سكت عنه «المص».

● ص:

وعن بنوة غرما إرثه بعد موت الأب لمستحقه.

● ش:

يعني: إذا ادعى شخص أنه ابن فلان وفلان ينكر ذلك فشهد للابن شاهدان على إقرار الأب بأنه ولده أو أنه استحلقه فحكم القاضي بذلك ثم رجعا عن شهادتهما بالنبوة فإنهما لا يغرمان للأب شيئا لانهما لم يفوتا عليه مالا، وقال البساطي: يغرمان للأب نفقته إن وجبت عليه

قال الحطاب: وهو ظاهر وإن لم أره منصوصا فإذا مات الأب وأخذ الولد إرثه من جملة الورثة فإنهما يغرمان إرثه الذي أخذه لمن يستحقه لولاه أي: يغرمان خذ إرث

هذا الولد لمن يستحق إرثه لولاه فإن كان للأب ولد ثابت النسب أخذ نصف المال والمشهود ببنوته أخذ النصف الآخر فإنهما يغرمان لثابت النسب قدر النصف الذي أخذه هذا الولد؛ لأنه كان يستحقه لولا هذا الولد الذي شهدا به، فإن لم يكن للأب وارث سوي بيت المال وأخذ هذا الولد المشهود ببنوته جميع المال فإنهما يغرمان قدر ما أخذه لبيت المال.

والحاصل: أنهما يغرمان قدر ما أخذه لمن حجبه منه سواء كان عاصبا أو دار فرضها وبيت مال.

واحترز «المص» بالإرث عما إذا أخذ هذا الولد شيئًا غير الإرث كدين ونحوه فإنه لا غرم عليهما.

● ص:

إلا أن يكون عبد الأب فقيمته أولاً ولا يرث فيها.

● ش:

هذا مستثنى من محذوف تضمنه الكلام السابق أي: أنهما إذا رجعا عن الشهادة بالبنوة فلا يغرمان للأب شيئًا إلا أن يكون المشهود ببنوتة عبد الأب فقيمته أولًا يغرمانها للأب، ثم بعد موت الأب يغرمان قدر إرثه لمستحقه لولاه ولا يرث المشهود ببنوتة في هذه القيمة التي أخذها الأب من الشاهدين الراجعين إن كانت باقية أو كانت في ذمتها لكونه لم يقضيها منهما قبل موته بل يستحقها الابن الثابت النسب دون المشهود له بالبنوة؛ لأنه يزعم أن نسبة ثابت وإن أباه ظلم الشهود في أخذها منهم ثم إذا أخذ الثابت النسب القيمة يقتسمان ما بقي من التركة نصفين.

وقوله: (أولًا) أي: في أول الأمر قبل موت الأب.

وبعبارة: إذا كان المشهود ببنوتة عبد الأب فحكم الحاكم بحريته وثبوت نسبه عملا بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بالزور فإنهما يغرمان للسيد قيمة العبد أولًا ناجزًا لأنهما فوتا عليه بشهادتهما رقبة العبد ثم بعد موت السيد يغرمان ما فوتاه من الميراث على من يستحقه ولا يرث المشهود له بالبنوة في القيمة التي أخذها أبوه من الراجعين فإذا مات الأب المشهود عليه بقوة من كان رقيقه وترك ولدا آخر ثابت

النسب فإن القيمة التي غرماها لثابت النسب ولا شيء منها للمشهود له بالبنوة؛ لأنه يدعي أن نسبه ثابت وإن أباه قد ظلم الشهود في أخذها منهم وأنه لا ميراث له منها ثم بعد أن يأخذ ثابت القيمة يقسمان ما بقي من التركة نصفين فما خص الولد المشهود له بالبنوة يغرمان مثله للولد الثابت النسب لأنهما أتلفاه عليه بشهادتهما.

● ص:

وأخرت في قضاء الدين.

● ش:

يعني: أنه إذا مات الأب وظهر عليه دين فإن القيمة التي أخذها ثابت النسب تؤخر في قضاء الدين الذي على الأب تقديما للمال المتفق عليه على المختلف فيه فيؤخذ من كل واحد من الولدين النصف الذي أخذه من التركة بالميراث تبدئة للمال المتفق عليه، فإن لم يف بالدين كمل بالقيمة التي اختص بها ثابت النسب.

قال «دك»: وإنما كانت متأخرة؛ لأن كونها ميراثا غير محقق؛ لأن المشهود له بالببوة ليدعي أنها ليست لأبيه. اهـ.

وبذلك يلغز فيقال لنا: مال اختص به بعض الورثة من رأس مال التركة قبل القسم ولا يؤخذ في دين الميت إلا إذا لم يف الباقي.

● ص:

وأسقط الدين الغرم.

● ش:

يعني: أن دين الأب إذا أخذ من نصيب العبد المشهود ببنوته فإنه يسقط عن الشهود والغرم من الإرث بقدره أي: بقدر الدين فإذا أخذ أرباب الديون ما بيد العبد كله رجع الشهود على ثابت النسب بمثل ما غرمه العبد لرب الدين لأنهما يقولان: إنما غرمنا لك النصف الذي ورثه العبد لكوننا فوتناه عليك بشهادتنا.

فلما تبين الدين المستغرق ظهر أنك لا تستحق من مال أبيك شيئا فأعطنا ما أخذته منافيا خذ أنه منه وإذا أخذ أرباب الديون بعض ما بيد العبد لكون الدين غير مستغرق رجع الشاهدان على ثابت النسب بقدر ما دفعه العبد في الدين.

والحاصل: أن الشاهدين يرجعان على ثابت النسب بمثل ما غرمه العبد لرب الدين فإذا كان ما غرمه لرب الدين جميع ما بيده رجعا على ثابت النسب بمثل ذلك لأنه تبين أنهما لم يضيعا عليه شيئا وإن كان أقل من ذلك رجعا عليه بمثله.

● ص:

وعن رق حر غرما ما انتزع منه وقيمة استعماله وما رجع به لورثته دون السيد وله عطية لا التزوج بغير إذن.

● ش:

قوله: (وعن رق) متعلق برجوع مقدر كأمر نظيره أي: وإن كان رجوعهما عن رق حر أي: عن شهادة وقعت برق شخص حر.

وقوله: (غرما ما انتزع منه) أي: ولا غرم عليهما في الرقبة لأنهما فوتا عليه الحرية ولا قيمة لها وليس هذا كمن باع حرا فتعذر رجوعه يغرم ديته؛ لأن الفعل أقوى من القول ولأنهما لم يستقلا هنا بل شاركهما المدعي.

وقوله: (دون السيد) أي: المشهود له.

وقوله: (وله) أي: العبد المشهود عليه بالرقبة.

وقوله: (عطية) أي: عطية ما رجع به على الشاهدين.

والمعنى: أنهما إذا شهدا على شخص بأنه عبد لفلان وهو يدعي الحرية فحكم القاضي لرقه لفلان بمقتضى الشهادة ثم رجعا عن شهادتهما واعترفا بالزور فإنهما يغرمان له ما انتزع منه المشهود له من المال وقيمة استعماله فكلما انتزع منه السيد مالا أو استخدمه خدمة فانهما يغرمان له ذلك؛ لأن العبد يملك ولا يجوز للسيد أن يأخذ منه ذلك المال الذي أخذه من الشاهدين في نظير الانتزاع أو الاستعمال؛ لأنه إنما أخذه منهما عوضا عما أخذه منه السيد، ولأن السيد يعتقد حرمته وإن العبد ظلمهما فلا يباح له أخذ ما ظلمها به وإذا مات العبد وترك هذا المال الذي رجع به على الشاهدين فإنه لورثته على تقدير حريته، فإن لم يكن له وارث فبيت المال ولا يأخذه السيد المشهود له كما أشار لذلك بقوله: (وما يرجع به لورثته دون السيد).

وكذا إذا كان له مال غير الذي رجع به فإنه لورثته. كما في «خ». ولهذا العبد في

حياته عطية هذا المال الذي رجع به كان يهبه أو يتصدق به أو يوحي به لأحد أو يعتق منه ونحو ذلك وليس له أن يتزوج منه بغير إذن السيد؛ لأن التزوج عيب ينقص رقبته.

● ص:

وإن رجعا عن مائة لاثنين وقالا: لفلان وحده ردوا وغرموا حصة الثاني للمطلوب.

● ش:

قوله: (عن مائة) متعلق بـ(رجعا) و(لاثنين) متعلق بمحذوف أي: وإن رجعا عن مائة شهدا بها لاثنين كزيد وعمرو وقالا: المائة كلها لفلان كزيد وحده ردوا... إلخ.

وثنى الضمير في (رجعا) و(قالا) وجمعه في (ردوا) و(غرموا) إشارة إلى أنه لا فرق فيما ذكره بين أن يكون الشاهد اثنين أو أكثر.

يعني: أنهما إذا شهدا بمائة لزيد وعمرو بالسوية بينهما على بكر فحكم الحاكم بذلك.

ثم رجعا عن شهادتهما وقالا في رجوعهما: المائة كلها لزيد وحده فإنهما لا يقبل منهما ذلك فلا يأخذ زيدا زيد مما أخذ وهو خمسون ولو كان أولًا يدعي المائة بتمامها ولانتزع الخمسين من يد عمرو ويغرمان حصته وهي الخمسون للمطلوب وهو بكر المشهود عليه.

فقوله: (وغرموا حصة الثاني) أي: الذي هو عمرو في المثال.

وبعبارة: إذا شهدا بمائة لزيد وعمرو بالسوية على بكر وحكم بذلك ثم رجعا وقالا: بل المائة كلها لزيد وحده فإنه لا يقبل منهما فلا ينقض الحكم ويغرمان الخمسين لبكر التي أخذها عمرو من المائة ولا شيء لزيد من المائة سوى الخمسين التي أخذها ولو ادعى أولًا المائة ولانتزع الخمسين من يد عمرو.

● ص:

وإن رجع أحدهما غرم نصف ما رجع عنه.

● ش:

هذا عام في جميع مسائل الرجوع وليس خاصا بمسألة زيد وعمرو السابقة.

يعني: أنهما إذا شهدا على شخص بحق وحكم به الحاكم ثم رجع أحدهما دون الآخر فإن الراجع يغرم للمشهود عليه نصف ما رجع عنه من دية أو مال غيرها.

ففي مسألة زيد وعمرو يغرم خمسة وعشرين ولعله إنما نبه على ذلك لئلا يتوهم أنه يغرم الكل لكون الرجوع عن كل جزء من المشهود به؛ لأن كل واحد منهما شهد بكل جزء من الحق. قاله «خ».

واختلف إذا ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد هل يغرم جميع الحق وهو مذهب ابن القاسم وهو المعتمد، أو يغرم نصفه.

والأول مبني على أن اليمين للاستظهار.

والثاني مبني على أنها كالشاهد.

وعبارة «الش»: والشاهد مع يمين يغرم جميع ما رجع عنه على المعتمد.

● ص:

وان رجع من يستقل الحكم بعدمه فلا غرم فإن رجع غيره فالجميع.

● ش:

يعني: أنه إذا شهد جماعة على شخص بحق فحكم القاضي به ثم رجع من يستقل الحكم بعدمه كواحد من ثلاثة فإنه لا غرم على الراجع لا استقلال الحكم بالباقي فإذا رجع غيره أيضًا مرتبا أو دفعة وكان الباقي لا يستقل الحكم بدونه فالجميع أي: الجميع الراهبين يغرمون ما رجعوا عنه بالسوية، فإن رجعوا ما عدا واحدا فالنصف على جميع الراجعين سوية فإن رجع الآخر فالحق على الجميع بالسوية.

● ص:

وللرجل مع النساء في الأموال النصف.

● ش:

يعني: أن على الرجل مع النساء في الأموال النصف في الغرم إذا رجع ولا يضم لنساء رجعت معه إذ لا تضم النساء للرجال في الأموال فإذا شهد رجل ونساء في حق مالي فحكم الحاكم بذلك ثم رجع الرجل فإنه يغرم نصف الحق وإن رجع معه

نساء فإن بقي امرأتان من النساء فلا غرم على من رجع معه منهن وإن بقيت منهن واحدة ورجع البواقي فعليه النصف وعلى جميع الراجعات الربع وإن رجع الكل فعليهن النصف وعلى الرجل النصف لأنهن كرجل واحد.

والحاصل: أنه إذا رجع الجميع فعلى الرجل النصف وعليهن النصف وإن رجع معه ماعدا اثنتين غرم النصف ولا غرم على الراجعات وإن رجع معه ما عدا أو واحدة فعليه النصف وعلى جميع الراجعات الربع.

وبعبارة: قوله: (وللرجل) اللام فيه بمعنى على أي: وعلى الرجل مع النساء في الأموال نصف الغرم إذا رجع سواء رجع معه نساء أو لا فإذا شهد رجل مع مائة امرأة بمال ورجع بعد الحكم فعليه النصف.

وكذا إن رجع معه ماعدا امرأتين إذ لا تضم النساء للرجال في الأموال فإذا رجعت ماعدا واحدة كان على جميع الراجعات الربع وعليه النصف، فإذا رجع جميع النساء كان عليهن النصف وعليه النصف فالرجل عليه النصف مطلقًا رجع وحده أو مع النساء وسواء رجعن كلهن أو بعضهن، هذا في الأموال وأما في الرضاع ونحوه كالولادة فهو بمنزلة امرأة واحدة كما أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

وفي نحو الرضاع كواحدة.

● **ش:**

قوله: (وفي نحو الرضاع) عطف على قوله: (في الأموال) أي: وعلى الرجل مع النساء في الرضاع ونحوه مثل ما على امرأة واحدة في الغرم؛ لأن الرضاع ونحوه يثبت بامرأتين.

يعني: أن الرجل مع النساء في الرضاع وما شابهه مما يقبل فيه المرأتان كأمرأة واحدة فإذا شهد مع مائة امرأة برضاع بين زوجين وحكم الحاكم بالفراق بينهما ثم رجع مع ثمانية وتسعين فلا غرم على جميع من رجع؛ لأنه بقي من يستقل به الحكم.

فإذا رجعت امرأة من الباقين كان نصف الغرم عليه وعليهن وهو كامرأة على

المذهب فإذا رجعت الباقية كان غرم جميع الحق عليه وعليهن وهو كامرأة.

وإذا شهد رجل مع عشر نسوة برضاع ورجع الرجل وحده أو مع ثمان نسوة فلا غرم عليه ولا عليهن؛ لأنه بقي من يستقل به الحكم وهو امرأتان فإن رجعت واحدة من الباقيتين كان نصف الغرامة على الرجل وعلى النسوة التسع وهو كامرأة فإن رجعت الباقية كان جميع الغرم على الرجل وعليهن جميعا وهو كامرأة على المذهب والأصل جعل الرجل مع النساء في الرضاع ونحوه كامرأتين تبعا لابن شاس وابن الحاجب وهو ضعيف بل أنكره ابن عرفة وقال: أنه سري لابن شاس من وجيز الغزالي.

فإن قلت: كيف يتصور الغرم في الرضاع على شاهدي الرجوع فيه لأنهما إن شهدا بالرضاع قبل الدخول فسخ النكاح بل مهر وإن شهدا به بعد الدخول فالمهر تعذر عليه بالوطء، وإنما فوتا عليه بشهادتهما العصمة وهي لا قيمة لها؟

فالجواب: أنه يتصور ذلك بعد موت الزوج أو الزوجة فيغرم الراجع للحي منهما ما فوته عليه من الإرث ويغرم للمرأة بعد موت الزوج ما فوته عليها من الصداق إن كانت الشهادة بالرضاع قبل الدخول وبهذا يتضح كلام «المص» و«الش» ونصهما: وفي نحو الرضاع كواحدة؛ لأنه يثبت بمرأتين فمتىٰ بقيت واحدة فالنصف علىٰ من رجع من الإرث والمهر قبل الدخول بالموت كما في الخَرَشي. وجَعْل الأصل الرجل كامرأتين ضعيف. اهـ.

يعني: أن الرجل في الرضاع ونحوه كامرأة واحدة في الغرم إذا رجع.

فقوله: (لأنه... إلخ) من كلام «الش» تعليل لقول «المص» وفي نحو الرضاع كواحدة أي: وإنما كان الرجل كواحدة في الرضاع ونحوه كامرأة؛ لأن الرضاع ونحوه يثبت بامرأتين.

وقوله: (فمتىٰ) تفريع علىٰ ما قبله.

فقوله: (من الإرث) بيان للنصف أي: فالنصف من الإرث بسبب موت أحد الزوجين علىٰ من رجع فيغرمه للحي منهما؛ لأنه فوته عليه و(المهر) عطف على الإرث أي: والنصف من المهر الثابت للزوجة قبل الدخول بسبب موت الزوج

يغرمه الراجع للزوجة؛ لأنه فوته عليها بشهادته فلولا هذه الشهادة لورث أحد الزوجين صاحبه واستحقت الزوجة بموت الزوج جميع المهر، فلما رجع الجميع ماعدا امرأة غرم الراجع نصف الإرث للحي منهما ونصف للزوجة.

فلو رجع الجميع لغرموا للحي جميع الإرث وغرموا للزوجة جميع الصداق بموت الزوج قبل الدخول، أما لو دخل بها لأخذت جميع المهر من الزوج للوطء ولا يرجع به عليهما كما مر.

فقوله: (بالموت) الباء فيه للسببية وهو راجع لمسألتين: الإرث والمهر جميعًا أي: موت أحدهما أيا كان في الأولى وموت الزوج بخصوصه في الثانية.

وقوله: (وجعل الأصل) مصدر مضاف لفاعله وهو مبتدأ و(الرجل) مفعول أول لجعل و(كامرأتين) مفعوله الثاني و(ضعيف) خبره.

ثم ذكر مسألة تتعلق بجميع ما تقدم تعرف بمسألة غريم الغريم فقال:

● ص:

وللمقضى عليه مطالبتهم بالدفع للمقضى له وللمقضى له ذلك إذا تعذر المطلوب.

● ش:

ضمير الجمع في (مطالبتهم) للشهود الراجعين وأتي به ضمير جمع إما؛ لأن الشاهد أكثر من اثنين، وإما جريا على القول بأن الجمع ما زاد على الواحد، وإما؛ لأن العرب تطلق الجمع على المثنى وقد اتفق ذلك غير مرة.

وقوله: (وللمقضى له ذلك) أي: مطالبتهم بالدفع.

والمعنى: أنهم إذا شهدوا على شخص بحق لا ضر فحكم الحاكم بذلك الحق ثم رجعوا بعد الحكم وقبل أن يدفع المقضى عليه الحق المقضى به للمقضى له فإن للمقضى عليه أن يطالب الراجعين بدفع الحق للمقضى به بأن يقول لهم: ادفعوا للمقضى له ما لزمكم بسبب رجوعكم.

وكذا للمقضى له أن يطالبهم بدفع الحق له إذا تعذر المطلوب وهو المقضى عليه كأن هرب كذا لابن الحاجب، ونص المدونة خلافه أي: أنه لا مطالبة للمقضى له

علىٰ الشهود الراجعين ولو تعذر المطلوب بكـالهروب و إنما يطالبهم المقضىٰ عليه بعد الحضور والدفع للمقضىٰ له.

وتعقـب ابن عبد السلام ما في الـمدونة بأنه إذا توقف غـرمهم علىٰ دفع المقضىٰ عليه نـافىٰ ذلك الفـرع الأول من أن للمقضـىٰ عليه مطـالبتهم بـالدفع فلـذا قال في التوضـيح: مقتضىٰ الفقه مـا لابن الحاجب وأجـاب ابن عرفة عن هـذا التعقب: بأن المطلوب إذا هـرب فلهم أن يقولوا قـد يقر بالحق إذا حضـر فلا تغرم ولا يخفاك أنه إذا حمل التعذر علىٰ الفلس مثلا لم يتأت هذا الجواب و إنما يتأتىٰ إذا حمل التعذر علىٰ الغيبة أو الهروب. اهـ من الشرح بمعناه.

و إنما طالـب المقضىٰ له الـشاهدين عـند تعذر الغـريم، كما قـال ابن الحاجب، لأنهما غريما غريمه.

ومفهوم قـوله: (إذا تعذر): أنه إذا لم يتعـذر المطلوب بـأن كان حاضـرا مليئا لم يكن للمقضىٰ له مطالبتهما و إنما يطالب المطلوب وهو المقضي عليه فغريم الغريم إنما يكون غريما إذا تعذر الأخذ من الغريم، والله أعلم.

• ص:

وإن أمكن جمع بين البينتين جمع.

• ش:

لما فرغ من الكلام علىٰ رجـوع الشاهدين شرع في الكلام علىٰ ما تعارض البنتين وهو اشتمال كل منهما علىٰ ما ينافي الأخرىٰ.

يعـني: أنه إذا تعارض البينتـان فإن أمكن الجمع بينهـما جمع بالفعل أي: وجب الجمع بينهمـا كشهادة بينة للمُـسلم بسلم ثوب في مائـة إردب فشهدت بينة أخرىٰ للمسلم إليه بثوبين غيره في مـائة إردب فتلزم الثلاثة الأثواب في مائتي إردب عملا بكل من البينتين في كل من الحقين فحملا علىٰ أنهما سلمان.

فقوله: (و إن أمكن) جمع بين البينتين أي: أمكن شرعا.

فقوله: (جمع) أي: جمع بينهما بالفعل.

وبعـبارة: إذا تعارض بـينتان وأمكـن الجمع بينهمـا جمع أي: وجب الجمع أي:

عمل بالجمع وصير إليه ولا تسقط واحدة منهما كما لو ادعى أنه له عليه إردب من قمح وأقام على ذلك بينة ثم ادعى عليه بإردب آخر وأقام عليه بينة أخرى أو ادعى أنه أسلمه ثوبا في مائة إردب حنطة ببينة ثم ادعى عليه بأنه أسلمة ثوبين في مائة أخرى ببينة أخرى أو قامت عليه بينة بأنه أعتق عبده وأخرى بأنه طلق زوجته فيعمل في جميع ذلك بكل من البينتين؛ لأن الجمع ممكن وليس في كلام «المص» ولا الأصل اتحاد الشرط والجزاء نحو إن قام زيد قام زيد؛ لأن الشرط أمكن والجزاء جمع وهما متغايران فهو كلام في غاية الحسن فلا حاجة للتكلف.

ثم أشار لمفهوم الشرط بقوله:

● ص:

والأرجح بسبب الملك.

● ش:

قوله: (بسبب الملك) الباء فيه للسببية داخلة على مضاف مقدر أي: والأرجح بسبب بيان سبب الملك كقول إحدى البينتين نسجها أو نتجت عنده فكل منهما شهدت بالملكة لكن إحداهما ذكرت سبب الملك والأخرى أطلقت ويرجع للترجيح ولو بعد الحكم بالبينة الأولى كما في «حش».

يعني: أنه إذا تعارض البينتان ولم يمكن الجمع بينهما فإنه يجب الترجيح بينهما بسبب بيان سبب الملك فإذا شهدت كل منهما بالملك وبينت إحداهما سبب الملك فإنها تقدم على التي شهدت بالملك وأطلقت فإذا قالت إحداهما: نشهد أنه ملك لزيد، وقالت الأخرى: نشهد أنه ملك لعمرو نسجه أو كتبه أو اصطاده أو نتج عنده أو ورثه أو نحو ذلك فإنها تقدم على من أطلقت؛ لأنها زادت بيان سبب الملك من نسج أو نتج أو نحو ذلك.

● ص:

أو تاريخ أو تقدمه.

● ش:

عطف على (سبب الملك) أي: وكذا يرجح أيضًا بسبب ذكر التاريخ أو تقدمه

فتقدم البينة المؤرخة على التي لم تؤرخ والسابقة في التاريخ تقدم على المتأخرة تاريخا ولو كانت المتأخرة أعدل من المتقدمة أو كانت المتنازع فيه بيد صاحب المتأخرة.

قال اللخمي: وإن ورختا قضي بالأقدم وإن كانت الأخرىٰ أعدل وسواء كانت تحت يد يرجح بتقدم التاريخ؛ لأن الأصل الاستصحاب.

فإن قلت: إن المتأخرة ناقلة والناقلة ترجح علىٰ المستصحبة فلم رجحت المتقدمة.

فالجواب: أن محل تقديم الناقلة إذا ذكرت سبب النقل كاشتراء أيها منه والمتأخرة هنا لم تبين سبب النقل.

• ص:

ومزيد عدالة.

• ش:

عطف على ما سبق أيضًا أي: وكذا يرجح بسبب مزيد عدالة في الشهود الأصول لا في المزكيين فإذا كانت أحد البينتين أعدل من الأخرىٰ قدمت عليها ويحلف صاحبها بناء علىٰ أن زيادة العدالة كشاهد وهو الراجح والترجيح بزيادة العدالة في الماليات فقط فقد قال الأصل في النكاح: وأعدليته إحدىٰ متناقضين ملغاة ولو حذفتها المرأة.

وفي «خ» و«عب» ينبغي أن بقية المرجحات كذلك أي: كزيادة العدالة لا يرجح بها إلا في الماليات وما قالاه لا يؤخذ علىٰ عمومه فإن من المرجحات تقديم التاريخ وهو معمول به في النكاح قطعا وهو مصرح به في ذات الوليين وفي تنازع الزوجين؛ لأن الثاني تزوج به ذات زوج، نعم تفوت ذات الوليين بتلذذ الثاني غير عالم، انظر «حش».

وبعبارة: من المرجحات مزيد العدالة في البينة الأصلية وأما مزيد العدالة في المركبين لها فغير معتبر عند ابن القاسم فإذا أقام بينة أنه ملكه وأقام الآخر بينة أنه ملكه وزادت أحداهما في العدالة علىٰ الأخرىٰ فإنها تقدم عليها ويحلف صاحبها بناء علىٰ أن من مزيد العدالة كشاهد واحد.

وفي الموازية: لا يحلف بناء على أن مزيد العدالة كشاهدين ثم إن زيادة العدالة إنما يرجع بها في المال وما آل إليه خاصة وأما ما لا يثبت إلا بعدلين كالنكاح والطلاق والعتق والحدود فلا يرجع في شيء من ذلك بمزيد العدالة؛ لأنها بمنزلة الشاهد الواحد وهو لا يفيد في غير الأموال؛ ولذا كان يحلف مقيمها في الأموال على الراجح وقيل زيادة العدالة بمنزلة شاهدين فيثبت الترجيح بها في كل شيء.

• ص:

لا عدد.

• ش:

أي: أنه لا يرجع بمزيد عدد في إحدى البينتين ولو كثر ما لم يتواتر بحيث يفيد العلم فيرجح به إذ الظن لا يقاوي العلم.

وبعبارة: مزيد العدد لا يعتبر. قال فيها: لو كانت إحداهما رجلين أو رجل وامرأتين فيما تجوز فيه شهادة النساء، والأخرى مائة لا ترجح والفرق بين مزيد العدالة ومزيد العدد أن المقصود من القضاء قطع النزاع ومزيد العدالة أقوى في التعذر من زيادة العدد إذ كل واحد في الخصمين يمكنه زيادة العدد في الشهود، بخلاف العدالة.

فقوله: (لا عدد) عطف على عدالة أي: لا مزيد عدد.

• ص:

وشاهدان ثم شاهد لم يفقهما.

• ش:

قوله: (ثم شاهدان) مع يمين فأنكل «المص» على وضوح المراد.

وقوله: (لم يفقهما) أي: لم يفق الشاهدين في العدالة.

يعني: أنه إذا كان شاهدان من جانب ثم شاهد ويمين من الجانب الآخر فإنه يقدم الشاهدان على الشاهد واليمين إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم باليمين مع الشاهد، وهذا إذا كان الشاهد لم يفق الشاهدين في العدالة فإن فاقهما فيها قدم مع اليمين وشاهدان.

و(شاهد) عطف عليه بثم والخبر محذوف أي: وشاهدان ثم شاهد يقدمان عليه ويحتمل أن الخبر مأخوذ من معين (ثم)؛ لأنها للترتيب فكأنه قال: وشاهدان يليهما في الرتبة شاهد فيعلم منه أنهما مقدمان عليه لتأخره عنهما في الرتبة.

وكذا يقال في قوله الآتي: (وامرأتان ثم شاهد)، وانظر لم غير «المص» الأسلوب وعدل عن صنيع الأصل حيث لم يقل: وبشاهدين على شاهد بالعطف على سبب الملك أي: ورجح بشاهدين على شاهد ويمين.

ولعل نكتة العدل عن العطف أنه يلزم عليه ركاكة العبارة؛ لأنه يصير التقدير ورجحت البينة بشاهدين مع أن الشاهدين هما نفس البينة فيلزم عليه بمقتضى ظاهر العبارة ترجيح الشيء بنفسه فكأنه قال: ورجحت البينة بالبينة أو رجح الشاهد بالشاهدين فتدبر.

وكذا يقدم الشاهدان على الشاهد والمرأتين؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة:٢٨٢] فيجعل مرتبهم عند عدم الشاهدين لم يكن الشاهد الذي مع المرأتين أعدل فيقدم هو والمرأتان على الشاهدين.

● ص:

وامرأتان ثم شاهد ويمين.

● ش:

يعني: أنه إذا كان امرأتان مع يمين من جانب وشاهد ويمين من الجانب الآخر فإنه يقدم المرأتان مع اليمين على الشاهد واليمين وهذا من زيادة «المص» على أصله رحم الله الجميع.

● ص:

وبالملك على حوز لا يوجب.

● ش:

عطف على قوله: (بسبب ملك) وأعاد الجار لطول الفصل أي: ورجح أيضًا بالملك على الحوز؛ لأنه أخص من الحوز.

يعني: أن البينة الشاهدة بالملك تقدم على البينة الشاهدة بالحوز الذي لا يجوب

الملك بأن لم تمض مدة الحيازة.

وبعبارة: تقدم بينة الملك على بينة الحوز ولو كان تاريخ الحوز سابقا؛ لأن الحوز قد يكون عن ملك وغيره كغصب وسرقة وعارية ووديعة فهو أعم من الملك والأعم لا يستلزم الأخص.

وقوله: (على حوز) لا يوجب احترازًا من الحوز الذي يوجب لمضي مدة الحيازة فإن بينته تقدم على بينة الملك.

● ص:

وبنقل على مستصحبة.

● ش:

الكلام فيه حذف أي: ورجح بنقل عن أصل على مستصحبة لذلك الأصل فإذا شهدت بينة أن هذه الدار مثلا لزيد أنشأها من ماله لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه بناقل شرعي إلى تاريخه وشهدت أخرى أنها لعمرو اشتراها بماله من زيد بعد ذلك أو وهبها له فإنه يعمل بالبينة الناقلة؛ لأنها علمت ما لم تعلمه الأخرى ومن علم مقدم على من لم يعلم ثم مثل «المص» لذلك بقوله:

● ص:

كقائلة أتاه من المقاسم.

● ش:

يعني: أن البينة القائلة أنه أتاه هذا الشيء من المقاسم اشتراه منها أو وقع في سهمه منها ناقلة عن الأصل فتقدم على بينة الملك بسبب آخر كالنسج والنتج بأن قالت: نسجها أو نتجت عنده لاحتمال أنها سبيت من المسلمين وهذا بناء على أن دار الحرب تملك.

وبعبارة: إذ أقام أحدهما بينة أنها ملكه ولدت عنده أو نسجت أو نحو ذلك وأقام الآخر بينة أنها ملكه اشتراها من المقاسم أو وقعت في سهمه منها فإن صاحب المقاسم أحق لاحتمال أنها سبيت من المسلمين.

واحترز بقوله: (من المقاسم) عن شهادتها بأنه اشتراها من السوق أو وهبت له أو

تصدق عليه بها فلا تقدم على بينة الآخر لاحتمال أن البائع أو الواهب أو المتصدق غير مالك.

تنبيه:

من المرجحات وضع اليد فيما لا يعرف أصله وهذا عند تساوي البينتين في الشهادة بالملك فإذا تساوى البينتان من كل وجه قدم واضع اليد مع يمينه فإن رجحت بينة مقابله بمرجح من المرجحات السابقة قدم ذو البينة المرجحة مع يمينه فينزع من ذي اليد ويعطى لذي البينة المرجحة سواء كان المتنازع فيه عرضا أو دارا أو نقدا أو غير ذلك.

وقولنا: فيما لم يعرف أصله؛ احترازا مما عرف أصله فإنه يقسم بين ذي اليد ومقابله فإذا مات شخص وأخذ ماله من يدعي أنه وارثه أو مولاه وأقام غيره بينة أنه مولاه أو وارثه وأقام من بيده المال بينة أيضًا تشهد له بذلك وتعادلتا فإنه يقسم بينهما كما في المدونة ذكره الأصل وشراحه وسيأتي لـ«المص» في قوله: وإن تكافأتا بقي مجهول الأصل... إلخ.

ثم شرع يتكلم على شروط صحة الشهادة بالملك وهي أربعة وسواء كان معها بينة حوز أو لا فقال:

● **ص:**

واعتمدت في شهادة الملك على تصرف وعدم منازع وحوز كعشرة أشهر وصرحوا بلم يخرج عن ملكه في علمنا وردوا بقطع وفي الإطلاق خلاف.

● **ش:**

قوله: (في شهادة الملك) أي: في شهادتها به بتا وأما السماع فقد سبق.

يعني: أن شرط صحة شهادة البينة إذا شهدت بملك شخص حيا كان أو ميتا أن تعتمد في شهادتها على هذه الأمور فلا يصح أن تشهد بالملك لشخص إلا إذا اعتمدت عليها:

الأول: أن تشاهد من واضع اليد التصرف التام في ذلك الشيء الذي شهدت بأنه ملكه بأن عاينته يتصرف فيه تصرف الملاك كالركوب واللبس والسكنى والحرث

ونحو ذلك.

الثاني: عدم المنازع له في ذلك الشيء الذي يتصرف فيه بأن رآه يتصرف بلا منازع له فيه.

الثالث: طول الحوز لذلك الشيء الذي يتصرف فيه كعشرة أشهر فأكثر، فأقل منها لا يشهدون بالملك.

والرابع: عدم علمهم بخروجه عن ملك واضع اليد بناقل شرعي وتصح الشهادة إن اعتمدوا على الثلاثة الأول وإن لم يصرحوا بها في شهادتهم.

وأما الشرط الرابع فلابد من التصريح به في شهادتهم به عند الحاكم بأن يقولوا: نشهد أنه لم يخرج عن ملكه في علمنا بناقل شرعي إلى الآن كما أشار لذلك بقوله: وصرحوا بلم يخرج عن ملكه في علمنا أي: وصرح الشهود في شهادتهم وجوبا على الأرجح بقولهم: إنه لم يخرج عن ملكه في علمنا بناقل شرعي كبيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك إلى الآن.

فإن قطعوا بعدم خروجه عن ملكه بأن قالوا: لم يخرج عن ملكه جزما بطلت شهادتهم كما أشار لذلك بقوله: (وردوا بقطع) أي: وردت شهادتهم بقطعهم بعدم الخروج عن ملكه فإن قالوا: (لم يخرج عن ملكه) وأطلقوا فلم يقولوا: (في علمنا) ولا قطعا فهل تبطل شهادتهم أو لا؟ خلاف ذكره الخَرَشي وأظهره الصحة.

وينبغي استفسارهم كما قال «الش».

وقوله: (وصرحوا) أي: وجوبا كما سبق فهو شرط صحة وهو المعتمد وقيل: إن التصريح بذلك شرط للكمال وهو ضعيف وعليه، فإن لم يصرحوا بذلك فإنه يحلف المشهود له بتًا أنه في ملكي ولم يخرج عنه بناقل شرعي ويحلف وارثه على نفي العلم ويستحق.

وبعبارة: لابد أن تذكر البينة أنهم لم يعلموا أنه خرج عن ملكه بناقل شرعي ببيع أو هبة أو وجه من الوجوه إلى الآن فإن قالوا: إنها لم تخرج عن ملكه قطعا بطلت شهادتهم فإن أطلقوا ففيه خلاف فإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب فشهادتهم باطلة.

وهذا بناء على أن قولهم ذلك شرط صحة وقيل: شرط كمال كما في عارية المدونة وإن لم يقولوا: لا نعلم أنه باع ولا وهب فإنه يحلف ما باع ولا وهب وتمت شهادتهم. اهـ «خ».

وزاد بعضهم على ما ذكره «المص» شرطا خامسا وهو أن يكون واضع اليد ينسب ذلك الشيء إليه كان يقول: داري وفرسي وحماري وثوبي ونحو ذلك، فإن لم ينسبه لنفسه في هذه المدة فلا يشهدون له بالملك.

فتحصل: أن شرط صحة الشهادة بالملك أن تعتمد الشهود على هذه الأمور الخمسة وتصرح بالرابع وهو أنها لم تخرج عن ملكه في علمهم وقيل: إن كان الشاهد يعرف ما تصح به الشهادة قبل منه إطلاق معرفة الملك وإلا فلا حتى يفسر الخمسة أشياء بأن يقول أن يده على ما يدعي وأنه متصرف فيه تصرف الملاك مدة طويلة عشرة أشهر أو سنة أو أكثر وأنه ينسبه لنفسه وأنه لم ينازعه فيه منازع وأنه لم يخرج عن ملكه في علمي أو يقول: وما علمته باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه.

تنبيه:

لا تصح شهادة الملك بالاشتراء من السوق مثلا فإذا أقام بينة أنه اشتراها وأقام آخر بينة أنها له قدمت على بينة الاشتراء؛ لأنه قد يبيعها من لا يملكها وقد يشتريها وكيل لغيره ومثل الشراء الهبة والصدقة والإرث لاحتمال عدم ملك الواهب والمتصدق والمورث وهذا ما لم تشهد أنه اشتراها من الخصم وإلا قدمت؛ لأنها ناقلة والناقلة تقدم على المستصحبه فعلم بذلك أن البينة لا تعتمد في شهادة الملك على أو الهبة والصدقة إلا إذا اشتراها من الخصم.

• ص:

وإن قالوا: أقر هذا لهذا، استصحب.

• ش:

يعني: أن الشهود إذا قالوا: أنه أقر هذا الشخص سابقا لهذا الشخص الآخر بأن هذا الشيء المتنازع فيه الآن ملكه فإنه يستصحب الإقرار ولم يحتج عن قولهم لم يخرج عن ملكه في علمنا ويقضي به للمقر له الخصم لما أقر لخصمه ثبت له ذلك

الشيء فلا يصح للمقر دعوى الملك فيه إلا بإثبات انتقاله إليه ثانية وهذا كالمستثنى من قوله: (وصرحوا بلم يخرج عن ملكه في علمنا).

● **ص:**

وإن تكافئتا بقي مجهول الأصل بيد حائزه بلا يمين وإن كان غيرهما وقبل إقراره لأحدهما فقط وحلف المقر له وإن تجرد كل قبل إقراره ولو لغيرهما ولا يمين وإن ادعاه هو حلف.

● **ش:**

قوله: (بيد حائزة) متعلق بـ(بقي) والباقية بمعنى في أي: بقي في يد حائزة.

وقوله: (بلا يمين) متعلق أيضًا ببقي والباقية بمعنى من أي: من غير يمين من الحائز.

وقوله: (وإن كان غيرهما) مبالغة في بقاء المجهول بيد حائزه أي: وإن كان الحائز له غير المتنازعين.

يعني: أن البينتين المتعارضتين إذا تكافئتا من كل وجه وتعذر الترجيح بينهما بمرجح من المرجحات السابقة فإنه يبقي مجهول الأصل المتنازع فيه بيد حائزه بلا يمين منه وإن كان الحائز له غير المتنازعين وبقاؤه بيد الحائز هو معنى الترجيح بوضع اليد الذي سبق عن الأصل أما ما علم مالكه الأصل كميت تنازعا إرثه فإنه يقسم بينهما فلا ينفع الحوز مع علم المالك الأصلي مثلا إذا مات شخص فأخذ ماله من يدعي أنه وارثه فأقام غيره بينة أنه وارثه وأقام من وضع يده عليه بينة أنه وارثه وتكافئت البينتان فإنه يقسم المال بينهما وإلى هذا أشار بقوله: (ولا ينفع) أي: المحوز مع علم المالك الأصلي كميت تنازعا إرثه فيقسم. اهـ.

فإن كان الحائز لمجهول الأصل غير المتنازعين كما بالغ عليه وأقر به لإنسان فإنه يقبل إقراره لأحدهما فقط لا لغيرهما فمن أقر له منهما أخذه بيمينه؛ لأن إقراره لأحدهما كأنه ترجيح لبينتة.

فقوله: (فقط) احترز به عما إذا أقر به لغيرهما فإنه لا يعمل بإقراره فلا يخرجه عنهما بإقراره وإلى هذا أشار بقوله: (وإن كان الحائز غيرها وقبل إقراره لأحدهما فقط

وحلف المقر لـه) وهذا كله إذا كان مع كل منهما بينـة فإن تجردت دعوىٰ كل منهما عن البينة قبل إقـرار الحائز ولو لغيرهما ولا يـمين علىٰ من أقر له به وإلىٰ ذلك أشار بقوله: (وإن تجرد كل قبل إقراره ولو لغيرهما ولا يمين وإن ادعاه) الحائز لنفسه عند التجـرد عن البـينة أخـذه بيميـنه وإلىٰ ذلك أشـار بقوله: وإن ادعـاه هو حلف أي: حلف وأخذه حيث تجردت دعواه عن البينة وإن لم يدعه فإنه يدخل في قوله:

• ص:

وإلا قسم كالعول.

• ش:

هذا مفهـوم قوله السـابق: (والأرجح) مع مفهوم قـوله: (وقبل إقراره... إلخ) أي: وإلا يحـصل ترجيح إحدىٰ البينتين عند إقامتهما ولا إقرار من الحائز عند تجرد كل منهما عن البينة ولم يدع ذلك لنفسه أو كان بأيديهما جميعًا أو لم يكن بيد أحد.

كما لو تنـازعا في عفي من الأرض ونحوه فإنه يقسم بـينهما كالعول في الفرائض أي: علـىٰ صفته في الفرائض أي: كفريضة زادت سهـامها علىٰ أصلها فإذا ادعاه كله أحدهما وادعىٰ الثاني نصفه فكأنها فريضة ستة عالت لتسعة فللأول الثلثان والثاني النـصف والتنازع بـينهما إنمـا هو في النـصف؛ لأن الثاني يـسلم للأول في النصف الآخر فلو قـسم النصف المتنازع فيه بينهما لكان للأول ثلاثة أرباع والثاني ربع هذا إيضاح كلام «الش».

وقال «خ»: فـإذا ادعىٰ أحـدهما الكل والآخـر النصف قـسم علىٰ حـكم الثلثين والثلـث وكيفيـة العمـل أن يزاد علـىٰ الكل النـصف ونسبة الـنصف للـكل الثلث فـالمسألـة من ثلاث يعطي لـمدعي الكل اثنـان ولمدعي النـصف واحد وإذا ادعىٰ أحدهم الكل وآخر النصف وآخر الثلث يحصل أقل عدد يشتمل علىٰ هذه المخارج وهو ستـة فتجعل لمدعي الكل ويزاد عليها نصفهـا وثلثها فيعطي لمدعي الكل ستة ولمدعي النـصف ثلاثة ولمدعي الثلث اثنان وإذا ادعىٰ أحدها الكل والآخر الثلثين فإنه يعال لـمدعي الثلثين بمـثل ثلثي ثلاثة وذلك اثنـان فيقسم المدعـي فيه بينهما علىٰ خمسة لمدعي الكل ثلاثة ولمدعي الثلثين اثنان وعلىٰ هذا فقس. اهـ.

وبعبارة: إذا كان المتنازع فيه بأيديهما معًا أو لم يكن بيد أحد كعفي من الأرض أو بيد ثالث لا يخرجه عنهما ولا يثبته لهما ولا يدعيه لنفسه فإنه يقسم بينهما كالعول في الفرائض فلو ادعى أحدهما جميعها والآخر النصف قسمت على الثلث والثلثين ولو كانوا ثلاثة ادعى أحدهم الكل والثاني النصف والثالث السدس فالمسألة من ستة وتعول لعشرة للأول قدر أصلها ستة وللثاني قدر نصف الأصل ثلاثة وللثالث قدر سدس الأصل واحد ولو كان الثالث يدعي الثلث عالت إلى أحد عشر وإن كانت الستة في الفرائض ينتهي عولها إلى عشرة فله اثنان.

وقوله: (قسم) أي: بعد الاستيناء بالاجتهاد لعل من يأتي بأثبت فيستحق. قاله «حش».

وقال «خ»: فإن كان حيوانًا أو طعامًا فإنه يتأتى به قليلًا لعل أحدهما أن يأتي بأثبت مما أتي به صاحبه، فإن لم يأتِ بشيء وخيف عليه فإنه يقسم، وأما العقار فلا يقسم الآن بل يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتي به صاحبه.

قال ابن القاسم: إلا أن يطول الزمان ولم يأتِ بشيء غير ما أتى به أولًا فإنه يقسم بينهما.

تنبيه:

إذا تنازع اثنان في شيء بيد أحدهما فأقام غير الحائز بينة تشهد له بأن المتنازع فيه كان بيده قبل ذلك أي: رأيناه معه قبل ذلك ولم نعلم أنه يملكه فإنه لا ينزع من يد الحائز المدعي أنه ملكه بمجرد هذه الشهادة؛ لأن كونه بيد المشهود له لا يدل على أنه مالك ولا على أنه مستحق له؛ لأن وضع اليد أعم من ذلك والأعم لا يشعر بالأخص فلم يبق إلا مطلق الحوز وهو محوز بيد غيره ما لم تزد البينة أنه انتزعه منه غلبة أفاده «ح» على قول الأصل ولم يأخذه إن شهدا بأنه كان بيده.

• ص:

والقول للكافر أن أباه مات كافرا.

• ش:

يعني: أنه إذا مات كافر سواء كان نصرانيا أو يهوديا أو مجوسيا أو وثنيا أو غير

ذلك وترك ولدين أحدهما أسلم والآخر باقٍ على كفره ثم تنازعا فقال الكافر: إن أباه مات على الكفر، وقال المسلم: إنه أسلم ومات على الإسلام، ولا بينة لأحدهما فالقول للكافر استصحابًا بالأصل المتفق عليه؛ ولذا قال «الش»: فيستصحبه الأصل حيث لا بينة.

فموضوع المسألة: أنهما اتفقا على أن الأب أصله كافر فإن اتفقا على أن أصله مسلم فالقول للولد المسلم استصحابا بالأصل حيث لا بينة وإن اختلفا في ذلك فسيأتي.

• ص:

وقدمت ناقلة.

• ش:

يعني: أن الولدين إذا أقام كل منهما بينة على دعواه فإنها تقدم الناقلة على المستصحبة كما سبق وإنما أعاده تتميما لهذا الفرع فإذا كان أبوهما أصله مسلما وأقام المسلم بينة بموته ناطقا بالشهادتين وأقام الكافر بينة، بخلاف ذلك كأن قالت: تنصر أو تهود عند الموت أي: نطق بالنصرانية أو اليهودية أو مات على النصرانية أو اليهودية وإن لم تقل: نطق بها فإنها تقدم بينة الكافر؛ لأنها ناقلة فيحكم على الميت بأنه مات مرتدا والعياذ بالله تعالى وإن كان أصل الأب كافر أو أقام الأصل بينة أنه مات على الإسلام وأقام الكافر بينة أنه مات على الكفر فتقدم بينة المسلم وإن كانت بينة الكافر أعدل فيحكم بإسلامه؛ لأن بينة المسلم ناقلة عن الأصل فقد علمت ما لم تعلمه الأخرى.

• ص:

وقسم إن جهل الأصل ولا مرجح على الجهات بالسوية الإسلام واليهودية والنصرانية وغيرها.

• ش:

تقدم أن الأب إذا كان معلوم الأصل من إسلام أو كفر وتجردت دعوى كل عن البينة فإن القول لمن وافق الأصل وإن أقام كل بينة فتقدم الناقلة على المستصحبة

وذكر هنا أن الأب إذ أصل دينه فلم يعلم هل هو مسلم أو كافر وتنازع فيه أهل جهات مختلفة من الدين كالإسلام واليهودية والنصرانية وغير ذلك بأن ادعى أهل كل جهة أنه مات على جهتهم من الدين ولا مرجح لبعضهم على بعض بأن تعارضت بيناتهم بلا ترجح أو لا بينة أصلًا فإن ماله يقسم على عدد الجهات وهي الإسلام واليهودية والنصرانية أو غيرها كالمجوسية.

ويكون القسم على الجهات بالسوية ولو اختلف عدد أصحابها فإن كانت الجهات ثلاثة قسم المال أثلاثا ولو كانت في جهة واحد وفي أخرى ثلاثة وفي أخرى خمسة ثم إذا أخذت كل جهة ثلثها تقسم على حكم الميراث في شريعتها ولا نحكم بينهم بشرعنا إلا إذا ترافعوا إلينا، فإن لم يترافعوا إلينا سلمنا لهم ما يخصهم يفعلون به ما يقتضيه رأيهم.

وقوله: (ولا مرجح) يصدق بنفي البينة أصلًا كما أشرت لذلك.

فقوله: (على الجهات) متعلق بـ(قسم)، وكذا قوله: (بالسوية)، وقوله: (الإسلام... إلخ) بيان للجهات.

فقوله: (وغيرها) أي: غير هذه الثلاثة كالمجوسية والوثنية.

وبعبارة: إذا جُهِلَ دِين الأب فلم يُعلم هل هو مسلم أو كافر وله أولاد مختلفون في الدين فتنازعوا في الدين الذي مات عليه أبوهم ولا بينة لواحد منهم أو لهم بينات تعارضت ولم يوجد مرجح فإن ماله يقسم على عدد الجهات بالسوية ولو زاد عدد الجهة على الأخرى فإذا ادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى النصراني أن أباه مات نصرانيا وادعى اليهودي أن أباه مات يهوديا فإنه يقسم المال ثلاثا وسواء كان المال بيدهم أو بيد أحدهم أو لا يد عليه أصلا؛ لأنه ماله علم أصله فلا أثر للحوز فيه، فلو كان مسلم ونصراني أو مسلم ويهودي فالمال بينهما نصفين؛ لأنه مال تنازعه اثنان فيقسم بينهما.

• ص:

وإن كان معهما طفل فهل يحلفان ويوقف الثلث فمن وافق الطفل جهته أخذ سدسه ورد سدس الآخر له وإن مات حلفا وقسما أو للصغير النصف ويجبر على

الإسلام، خلاف.

● ش:

قوله: (معهما) أي: مع المسلم والكافر الذين ادعى كل منهما أن أباه مات على دينه وأعاد عليهما الضمير لعلمهما من قوله السابق: (والقول للكافر... إلخ).

وقوله: (فهل يحلفان) أحد شقي الخلاف والشق الثاني قوله: (أو للصغير النصف).

فقوله: (خلاف) مبتدأ حذف خبره أي: في جواب هذا الاستفهام خلاف والطفل يشمل الذكر والأنثى ومن واقعه على أحد الولدين وإليها يعود الضمير في جهته وسدسه.

وفاعل (أخذ) ضمير الطفل أي: فأي ولد وافق الطفل جهته أخذ ذلك الطفل سدسه الذي وقف له من حصته ورد سدس الولد الآخر الذي لم يوافقه الطفل له وذلك لأنه وقف له ثلث جميع المال فكل واحد من الولدين وقف من حصته ثلثها وهي سدس جميع المال فالذي يوافق الطفل جهته يأخذ منه الطفل سدسه الذي وقف له من حصته ولا ينقص ذلك الولد الذي وافقه الطفل شيئًا من الثلث الذي أخذه أولًا. كما أشار لذلك «الش» بقوله: ولا ينقص ذاك من الثلث.

والذي لم يوافقه يرد عليه السدس الذي وقف للطفل من حصته وإنما وقف له الثلث لاحتمال أن يختار بعد بلوغه جهة غيرهما فيأخذ الثلث وإنما لم يحكم بإسلام الطفل لجهل دين أبيه وأما ما يأتي في الردة من أنه يحكم بإسلام غير المميز بإسلام أبيه فهو في الأب المحقق إسلامه وهذا مجهول.

والمعنى: أن المسلم والكافر الذين ادعى كل منهما موت أبيه على دينه إذا كان معهما طفل ولد للميت أيضًا فإن في ذلك خلافًا فقيل: يحلف كل منهما أن أباه مات على دينه ويأخذ الثلث من التركة ويوقف للطفل الثلث؛ لأنه ربما ادعى جهة ثالثة بعد بلوغه ثم إذا بلغ الصبي فأي واحد منهما وافق الطفل جهته أخذ ذلك الطفل سدسه الموقوف من حصته ورد على الآخر الذي لم يوافقه سدسه الذي وقف من حصته فيكمل له النصف ويأخذ الصغير السدس ومن وافقه الثلث وإنما لم

يشارك الصغير من وافقه مع أنه مساوٍ له في الدرجة؛ لأنه حين الموت قد استحق كل من أصحاب الجهتين الثلث ولا ينقص عنه فلم يبقَ له إلا السدس فهذا هو الذي انتفى فيه مساواة أهل الجهة وبها يلغز.

فإن ادعى الطفل بعد بلوغه جهة ثالثة أخذ جميع الثلث كما مر. وإن مات الطفل قبل بلوغه حلفا ثانيا لأجل نصيبه أي: نصيب الصبي فيحلف كل على طبق دعواه كما حلف أولًا ويقسم نصيبه بينهما فاليمين الأولى لاستحقاق كل حظه من أبيه والثانية لاستحقاقه من أخيه فلا يصلُ لكل حظه إلا بعد الحلف مرتين وبذلك يلغز أيضًا.

وقسم نصيب الصبي بينهما ليس ميراثا بالشك خلافًا لابن عاشر؛ لأن كلًّا يدعي تبعية أخيه لدين أبيه الذي ادعاه له. نعم، يبقى النظر، كما قال المشناوي، فيما إذا كان لهذا الصغير وارث غيرها كالأم والظاهر إضافتها لمن وافقت دينه على حكمه كما في «حش».

وقيل: يعطى للصغير النصف من الآن ولا حلف ولا وقف؛ لأن كل منهما مقر بأخوته ويتنازعان غير نصفه فبإقرار كل منهما بأنه أخوه يعطيه نصف ما بيده فيأخذ الطفل وحده وهما النصف يقسم بينهما نصفين وبها يلغز أيضًا. فهذه ثلاثة مواطن في هذه المسألة يلغز بها.

وقد أشار «الش» بقوله: ولا يخفى ما في المسألة من الألغاز وعلى هذا القول الثاني يجبر الطفل على الإسلام فورا ترجيحا له على غيره، كما أشار لذلك بقوله: ويجبر على الإسلام أي: ويجبر الطفل على الإسلام على القول الثاني، بخلاف الأول، كما علم مما مر.

● ص:

وإنما تستوفى العقوبة بقاض.

● ش:

يعني: أن العقوبة من قتل أو جرح أو ضرب أو أدب لا يستوفيها من وجبت له ممن وجبت عليه إلا بالحاكم فلا يقاتل من قتل وليه ولا يجرح من جرحه ولا

يضرب من ضربه ولا يؤدب من سبه أو شتمه وإنما الذي يتولى ذلك الحاكم.

وأما غير العقوبة وهي الحقوق المالية فلا يشترط فيها الحاكم فللشخص أن يأخذ مثل شبيه المالي ممن ظلمه بلا حاكم كما سبق في الوديعة وله أن يحلف ما أخذ إذا طلبت منه اليمين ويحاشي في يمينه بنيته فإذا ظلمه أحد بمال بأن سرقه أو غصبه أو خانه أو ماطله أوجحد دينه أو وديعته، فإنه يجوز له أن يأخذ مثل ما ظلم فيه من جنس شبيه أو من غير جنسه مما يساويه قيمة، وسواء علم الظالم أو لم يعلم بأن يأخذه خفية فإذا ادعى عليه الظالم بالسرقة وطلب منه الحلف فإنه يحلف ويحاشي في نيته بأن يقول: والله الذي لا إله إلا الله هو ما أخذتُ منك شيئًا. وينوي الأخفى لكن لا يجوز له أخذ مثل شبيه إلا إذا أمن على نفسه من وقوع فتنة كقتل أو جرح أو ضرب أو حبس ونحو ذلك وأمن من رذيلة تنسب إليه كسرقة أو غصب ونحو ذلك، فإن لم يأمن من ذلك لم يجز له الأخذ وهذه المسألة تعرف بمسألة الظفر.

وبعبارة: إذا كان للإنسان حق على غيره وقدر على أخذه بعينه أو أخذ ما يساوي قدره من مال ذلك الغير، فإنه يجوز له أخذ ذلك منه وسواء كان ذلك من جنس شبيه أو من غير جنسه على المشهور وسواء علم غريمه أو لم يعلم وجواز الأخذ مشروط بشرطين:

الأول: أن يأمن الفتنة بسبب أخذ حقه كقتال أو إراقة دم.

والثاني: أن يأمن من رذيلة تنسب إليه كسرقة أو غصب، فإن لم يأمن ذلك فلا يجوز له أخذه.

- **ص:**

وإن قال: أبرأني وكيلك الغائب انظر بحميل.

- **ش:**

يعني: أنه إذا ادعى شخص على آخر أن له عنده كذا وكذا فاعترف المدعى عليه بذلك وقال: إنه أبرأني منه وكيلك الغائب أو قضيته له، فإن المدعى عليه يُنْظر إلى أن يأتي الوكيل بحميل بالمال لا بالوجه بدليل ما بعده وهذا إن قربت غيبته وأما مع بعد الغيبة فالمعول عليه أنه يؤخذ منه الحق فإذا قدم الوكيل الغائب وأقر بالإبراء أو

القضاء رد المال الذي أخذه الموكل على المدين وإن لم يقرأ الوكيل الغائب بذلك حلف الموكل أن وكيله ما أبرأه ولا اقتضى منه وأخذ المال المدفوع له أي: تم له أخذه والظاهر أن حلفه هنا على نفي العلم بالإبراء أو القضاء فلا يقطع بذلك، فإن لم يحلف حلف المدين وأخذ ما دفعه له فإن نكل فلا شيء له منه.

هذا معنى كلام «الش» ونصه: ومع البعد المعول عليه أخذ الحق فإذا قدم وأقر بالإبراء رد، وإلا حلف وأخذه، وإلا حلف المدين فإن نكل فلا شيء له. اهـ.

وقوله: (ومع البعد) أي: بعد غيبة الوكيل.

فقوله: (وإلا حلف وأخذه) فيه إدغام (إن) الشرطية في (لا) النافية وهو نحو مفهوم قوله: (أقر بالإبراء) أي: وإلا يقر الوكيل بالإبراء بعد قدومه حلف الموكل على نفي العلم وتم له أخذ الحق ويحتمل حلف الوكيل ليدفع عن نفسه الغرم لا ليستحق الموكل إذ لا يحلف أحد ليستحق غيره، وعلى كل من الاحتمالين ففاعل (أخذ) ضمير يعود على الموكل والضمير البارز عائد على الحق الذي دفعه المدين.

تنبيه:

علم من كلام «المص» أن المدعي هو الموكل والغائب هو الوكيل وهذا بعكس كلام الأصل ونصه وإن قال: أبرأني موكله الغائب انظر. اهـ.

ومعناه: أن الوكيل عن رجل غائب إذا ادعى على آخر فحق عليه فقال المدعى عليه: إنه أبرأني منه موكله الغائب أو قضيته له فإنه ينظر أن يأتي الموكل بكفيل بالمال أنه طلبه الوكيل؛ لأنه معترف بالدين مدعيا الإبراء أو القضاء وهذا إن قربت غيبته فإن بعدت قضي عليه بالدفع بلا يمين من الوكيل على نفي العلم إذ لا يحلف أحد ليستحق غيره فإن حضر الغائب حلف أنه ما أبرأ أو ما اقتضى وتم الأخذ فإن نكل حلف الغريم ورجع على الوكيل. أفاده «دك».

● **ص:**

وكفى بالوجه في الاستمهال لكحساب وبينة براءة.

● **ش:**

يعني: أن من ادعى عليه بحق فطلب الاستمهال أي: طلب المهلة لحساب يحرر

أو لكتاب يخرجه وينظر فيه ليكون في جوابه بإقرار أو إنكار على بصيرة في ذلك فإنه يجاب لذلك بحميل ويكفيه حميل بالوجه.

وكذا إذا طلب المهلة لبينة براءة يقيمها على المدعي فإنه يمهل لذلك بحميل بالوجه فأدخل بالكاف في كحساب الكتاب الذي فيه الأصل والخصم والمهلة باجتهاد الحاكم ولا تحذير من مخصوص.

تنبيه:

من أقيمت عليه بينة بحق فطلب المهلة لدفع تلك البينة فإنه يجاب لذلك فيمهل باجتهاد الحاكم بكفيل بالمال وأما إذا ادعى شخص على آخر بحق دعوى مجردة عن البينة وطلب المدعي المهلة لإقامة بينة على المدعي ويأخذ عليه حميلا فإنه لا يجاب لحميل بالمال اتفاقًا ولا بالوجه على المعول عليه مما في الأصل إذ لم يثبت عليه شيء حتى يأخذ عليه حميلا بمال أو وجه ذكر، ذلك الأصل هنا وقدمه «المص» فلم يحتج لإعادته؛ ولذا اعتذر «الش» عن عدم ذكره هنا بقوله: وسبق الإمهال لدفع البينة وأنه لا يجب ضامن بمجرد الدعوى على المعول عليه مما في الأصل. اهـ.

وأما من أقام شاهدًا واحدًا على حقه وأبى أن يحلف معه وطلب المهلة حتى يأتي شاهده الثاني فإنه يجاب لذلك بكفيل من المدعى عليه بالمال.

• ص:

ويجيب عن القصاص العبد وعن المال السيد.

• ش:

يعني: أن الدعوى على العبد الذكر أو الأنثى إذا كانت بموجب قصاص أو حد قذف أو أدب أو نحو ذلك من الأحكام المتعلقة بالبدن، فإن الذي يجيب عن ذلك هو العبد؛ لأنه الذي يتوجه عليه الحق ويقع عليه الحكم لا على سيده فإن أجاب بالإقرار بما يوجب القصاص أخذ بإقراره حيث لم يتهم فإن اتهم كما إذا أقر العبد بقتل من يقتل به، ثم إن ولي المقتول استحياه فإنه يبطل حق الولي، إن لم يكن مثله يجهل ذلك، وإلا فله أن يرجع للقصاص بعد أن يحلف أنه جهل ذلك؛ ولذا

أشار «الش» بقوله: فإن اتهم كان استحياه ولي الدم رد إقراره إلا أن يجهل الولي فيحلف. اهـ.

وإذا كانت الدعوى على العبد بمال الأرش فإن الذي يجيب عن ذلك هو السيد لا العبد؛ لأن الجواب إنما يعتبر فيما يؤاخذ به المجيب لو أقر به والعبد لو أقر بمال لم يلزمه فإن ادعى عليه بجناية خطأ فلا عبرة بإقراره وإنما الكلام للسيد إلا لقرينة ظاهرة توجب قبول إقراره لتعلق المقطوع بالعبد قبل إقراره ويكون أرش القطع جناية في رقبته ويخير سيده كما يأتي؛ ولذا أشار «الش» بقوله: فإن أقامت قرينة كتعلق المقطوع بالعبد قبل إقراره. اهـ.

وتعبير «المص» بـ(المال) أعم من تعبير الأصل بـ(الأرش).

وبعبارة: يجيب الرقيق عن دعوى موجب العقوبة من ضرب أو جرح أو قتل أو حد أو تعذير ويجيب سيده عن موجب المال كالأرش وأما العبد فلا يجيب عن المال؛ لأنه لا يعتبر إقراره به إلا لقرينة ظاهرة توجب قبول إقراره به ففي كتاب الديات في عبد راكب على برزون - أي: حصان - مشي على إصبع صغير فقطعها فتعلق به الصغير وهي تدمي ويقول: فعل بي هذا وصدقه العبد أن الأرش يتعلق برقبة العبد. اهـ، والله أعلم.

● ص:

وإنما يعتبر تحليف الحاكم أو المحكم في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو.

● ش:

الحصر منصب على تحليف الحاكم والمحكم والصيغة أي: إنما يعتبر تحليفهما فقط بهذا اللفظ فقط فلا يعتبر تحليف غيرهما مطلقًا بهذا اللفظ أو غيره فليس للخصم إلزامه اليمين بنفسه ولا تحليفهما بغير هذا اللفظ.

وقوله: (في كل حق) أي: ولو قل. ويستثنى من ذلك اللعان والقسامة لما عُلِمَ في محلهما من الاقتصار على لفظ الجلالة؛ لأنه يقول في اللعان: أشهد بالله لرأيتها تزني. فقط وفي القسامة: أقسم بالله لمن ضربه مات. فقط وقيل: يزيد فيهما: الذي لا إله إلا هو. كغيرها من الحقوق.

وقوله: (بالله) متعلق بـ(تحليف) والواو كالباء. قال الحطاب: ولم أقف على نص في التاء المثناة من فوق وانظر إليها المبدلة من الهمزة. قاله «خ».

المعنى: أنه لا يعتبر في قطع النزاع بين الخصمين إلا تحليف الحاكم والمحكم فليس للمدعي تحليف المدعى عليه بنفسه من غير حاكم أو محكم كما مر.

وصفة اليمين من مدعٍ أو مدعى عليه في كل حق أن يقول: بالله الذي لا إله إلا هو فلا بد أن يأتي بالاسم والوصف ولا يكفي أحدهما وإن كان كافيا في كونه يمينا يكفر؛ لأن الغرض هنا زيادة التخويف وهو يحصل بما ذكر.

ولا يكلف المجوسي ذكر الوصف؛ أعني: الذي لا إله إلا هو كما أشار لذلك «الش» بقوله: لأنه يعتقد إلهين إله الخير وإله الشر.

وهل كذلك الكتابي مطلقًا يهوديا أو كان نصرانيا لا يكلف بهذه الزيادة أو يكلف بها أو الذي لا يكلف بذلك النصراني؛ لأنه يعتقد التثليث ويكلف بذلك اليهودي؛ لأنهم يقولون عزير ابن الله ولا يجعلونه إلهًا في ذلك خلاف ووجه القول بإلزام النصراني بزيادة الذي لا إله إلا هو أنه يرجع لزعمه للتوحيد بالاتحاد؛ لأنهم يقولون: الأب والابن وروح القدس إله واحد وهم فِرق لعنهم الله.

والحاصل: أن الأقوال ثلاثة:

الأول: وهو المشهور أنه يقول: بالله الذي لا إله إلا هو، ولو كان كتابيا فلا يزيد اليهودي: الذي أنزل التوراة على موسى، ولا النصراني: الذي أنزل الإنجيل على عيسى ولا ينقص واحد منهم عن الذي لا إله إلا هو ولا يكون ذلك إيمانا منه. كما في «خ».

الثاني: أن الكتابي مطلقًا يقول: بالله. فقط.

والثالث: أن النصراني يقول: بالله. فقط فلا يلزمه تمام التوحيد؛ لأنهم لا يعتقدون تمامه، ويزيد اليهودي: الذي لا إله إلا هو؛ لأنه يقول بالتوحيد على ما مر.

وقول «المص»: (إنما يعتبر تحليف الحاكم... إلخ) أي: بعد طلب الخصم وإلا فله إعادة اليمين، كما في «حش».

● **ص:**

وغلظت في ربع دينار بقيام بمعبده.

● **ش:**

يعني: أن اليمين تغلظ على الحالف وجوبًا في ربع دينار أو ثلاثة دراهم، أو ما يساوي أحدهما من العروض فأقل من ذلك لا تغلظ فيه اليمين وإن كانت بتوجه فيه ولو قل.

ومحل تغليظها فيما ذكر إذا كان لشخصي واحد ولو باصالة وضمان لا أن كان لشريكين متفاوضين فلا تغليظ وأولى إذا كانا شريكي عنان أو لا شركة بينهما وتغليظ اليمين يكون بقيام الحالف بمعبدة كالجامع بالنسبة للمسلم والكنيسة للنصراني والبيعه لليهودي وبيت النار للمجوسي وللمسلم الذهاب لتحليفهم بتلك المواضح وإن كانت حقيرة شرعا؛ لأن القصد إرهابهم وحرفهم عن الإقدام على الباطل ويجلب الحالف لمعبده إذا كان على مسافة يجب فيها السعي للجمعة وهي ثلاثة أميال وثلث؛ ولذا أشار «الش» بقوله: ويجلب له كالجمعة على أظهر ما في «بن».

ويحلف المريض على عجزه عن الذهاب للمعبد فإذا حلف انتظر للصحة والتغليظ على الحالف من حق الخصم وإباؤه نكول فإذا نكل الحالف عن التغليظ عدنا كلا فإن أسقط الخصم حقه من التغليظ فلا يطلب به الحالف.

والباء في قوله: (بقيام) باء الآلة، والباء في (بمعبده) بمعنى في، فلا يحصل التغليظ إلا بمجموع الأمرين القيام والمعبد وكما تغلظ اليمين بالقيام في المعبد تغلظ أيضًا بالمنبر فيحلف عنده كما هو ظاهر المدونة.

وقال ابن المواز: على المنبر.

وقال «خ»: يكون التغليظ في الجامع في حق المسلم ويكون عند المنبر، فلو اتفق أن المنبر وسط الجامع فإنه يحلف عند المحراب؛ لأنه محل يقتدى به، وهو أعظم حرمة من غيره من بقية المسجد.

وإلى ما ذكرنا أشار بالعطف على المعبد فقال:

● ص:

ومنبر.

● ش:

أي: أن اليمين تغلظ بالقيام في المسجد والمنبر فيحلف قائما عند المنبر روي عن مالك قصر المنبر على المنبر المدني وهو منبر الرسول عليه الصلاة والسلام.

وأطلق مطرف وابن الماجشون كما في «عج»، قال البناني: وبه العمل عندنا فعلى هذا تغلظ بالقيام عند المنبر الموتى وغيره ولا تغلظ اليمين بالزمان كبعد العصر ولا باستقبال القبلة كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

لا بالاستقبال.

● ش:

أي: لا تغلظ اليمين باستقبال القبلة وأما التغليظ بالمصحف أو سورة براءه أو ضريح الأولياء فيجوز حيث كان لا ينكث إلا بذلك وتحد للناس أقضية بحسب ما يحدثون من الفجور كالطلاق للمسلم والصليب للنصراني وإذا حلف بجميع الأيمان اللازمة فللخصم أن يلزمه التنصيص على اليمين المخصوص، بخلاف العلماء في الإجمال الذي يقع في كلامهم فلا يلزمهم تفصيله وتصوير المسائل تبرع منهم لا يلزمهم.

تنبيه:

لابد في اليمين من حضور الخصم فإن حلَّفه القاضي بغير حضوره لم تجزه نص عليه الباجي. قاله «دص».

● ص:

وخرجت المخدرة فيما ادعت أو ادعي عليها إلا أن لا تخرج نهارا وان مستولدة قليلا.

● ش:

قوله: (وخرجت المخدرة) أي: للتغليظ فيما تغلظ فيه اليمين بالمسجد والمنبر وهو ربع دينار فأكثر لا في أقل، ذلك كما يأتي.

يعني: أن المرأة المخدرة وهي الملازمة للخدر أي: الستر أي: المستترة في بيتها

تخرج لليمين في المسجد فيما ادعت به وأقامت عليه شاهد وهو ربع دينار فأكثر أو ما يساويه لتحلف مع الشاهد.

وكذا تخرج فيما إذا ادعي عليها بذلك وتوجهت عليها اليمين إلا إذا كانت لا تخرج نهارا وتخرج ليلا فإنها تخرج للحلف ليلا.

ولو كانت مستولدة أي: أم ولد فأم الولد كالحرة في ذلك وإذا خرجت لئلا فلا يلزمها الاختفاء؛ لأن اليمين شهرة فإن كان شأنها أن لا تخرج أصلًا كنساء الملوك حلفت ببيتها بحضرة شاهدين يوجهما القاضي لها ولا يقضي للخصم إن كان ذكرا غير محرم بحضوره معها على ظاهر المدونة فتستثنى هذه الصورة من قولهم: لا بد من حضور الطالب لليمين وإلا أعيدت بحضوره ومن شأنها الخروج بالليل فقط أو النهار فقط خرجت فيما تخرج فيه هذا كله إذا كان الحق دينار فأكثر.

وأما إن كان أقل من ربع دينار فإن المخدرة تحلف ببيتها ولا تخرج للمسجد ولو كانت تخرج نهارا أو لئلا لحوائجها وإلى هذا أشار بقوله:

● ص:

وتحلف في أقل ببيتها.

● ش:

يعني: أنه إذا كان الحق المدعى به على المخدرة أقل من ربع دينار فإنها تحلف في بيتها ولا يقضى عليها بالخروج لعدم التغليظ في ذلك ويرسل القاضي لها من يحلفها ولا يشترط حضور الخصم كما تقدم فيمن لا تخرج أصلًا.

قال «الش»: فيستثنى كما في «عج» من إعادة اليمين لحضور الخصم ويكفي رسول القاضي.

وفي «خ»: أن المخدرة كالمخدرة في أنها تحلف في أقل من ربع دينار ببيتها فتحصل أن المدعى عليها بأقل من ربع دينار والتي لا تخرج أصلًا كنساء الملوك تحلف كل منهما ببيتها ولا يشترط حضور الخصم معها ويكفي رسول القاضي فيستثنى ذلك من إعادة اليمين لحضور الخصم كما سبق.

ومن تخرج للحلف إن خيف إطلاع الخصم عليها يبعد عنها إلى أقصى ما يسمعها كما لابن عبد السلام. فإن قال الخصم: إن الذي حلف غيرها فهل عليه أن

يثبت ذلك أو عليها أن تثبت أنها هي في ذلك خلاف أفاده «الش».

● ص:

وإن ادعى قضاء الميت حلف بالغ يظن به العلم.

● ش:

قوله: (قضاء الميت) أي: القضاء له إيماء دعي مدين الميت أنه قضاه دينه قبل موته.

والمعنى: أن من عليه دين مات صاحبه وطلبت الورثة منه دين مورثهم فادعى المدين أنه قضى للميت دينه فإن أقام بينه بالقضاء أو أقرت الورثة بذلك فالأمر ظاهر، وإن لم يقم على ذلك بينة ولم تصدقه الورثة على ذلك فإن للمدين أن يحلف من الورثة البالغ منهم الذي يظن به العلم واحدا ومتعددا ويحلفون على نفي العلم أي: أنهم لم يعلموا أن مورثهم أخذ شيئا من ذلك ولا أحيل به فإذا حلف البالغ منهم على ذلك ثبت حق غير البالغ تبعا للبالغ فيغرم المدين جميع الحق وإن نكل البالغ حلف المدين أنه وَفَّى الدين وسقط عنه ما ناب البالغ الناكل فقط ويؤخر الصبي للبلوغ فيحلف ويأخذ حقه كما يؤخر الصبي أيضًا للبلوغ مع إقامة شاهد له بحق ادعاه على غيره كما سبق ذلك في قوله: لا صبي إلى قوله: وسجل الواقعة ليحلف إذا بلغ أو وارثه قبله.

وقولنا: ثبت حق غير البالغ، تبعا هو ما في «الش» تبعا لـ«عب» و«عج» وتعقبه الرماصي و«بن» بأنه لا يسري حلف أحد لاستحقاق غيره. وعلى كلام الرماصي و«بن» يحلف الصبي بعد بلوغه مطلقًا حلف البالغ أو نكل، كما يفيده «حش».

وقوله: (حلف بالغ) أي: بالغ وقت الموت وإلا فلا يمين عليه ولو بلغ بعد الموت قبل الدعوى كما أنه لا يمين على من لا يظن به العلم من الورثة ولا غير الوارث ولو أخًا شقيقًا مخالطًا للميت مع وجود ابن إذ لا يحلف أحد ليستحق غيره، ومن علم القضاء وجب عليه الشهادة به وارثًا كان أو غيره.

● ص:

وحلف صيرفي بتًا كغيره في النقص لا الغش فعلما.

● ش:

يعني: أن من دفع لغيره دراهم أو دنانير في صرف أو دين له عليه أو سلفها له

فعاب عليها من أخذها ثم ادعى أنه وجدها ناقصة أو مغشوشة كلها أو بعضها فأصدقه الدافع على ذلك فلا كلام، وإن كذبه فإن كان الدافع صيرفيا فإنه يحلف على البت أنه ما دفع إليه الأجياد كاملة فإن نكل غرم ولا يكفيه الحلف على نفي العلم على الأقوى من القولين؛ لأن الصيرفي لا يخفى عليه النقص والكمال والجودة والرداءة.

وإن كان الدافع غير صيرفي فإنه في نقص العدد والوزن الذي يتعامل به يحلف على البت كالصيرفي فيحلف بتًا أنه ما دفع إلا كاملا؛ لأن النقص يسهل فيه حصول القطع.

وأما في الغش ونقص الوزن الذي يتعامل به فيحلف على نفي العلم أي: أنه لم يدفع إليه الأجياد كاملة في علمه زاد ابن يونس: وأنه لا يعلمها من دارهمه؛ لأن الجودة والرداءة قد تخفى على غير الصيرفي وهذا كله إذا قبضها على المفاصلة وأما إن كان الآخذ قبضها ليريها غيره فإن وجدها جياد أخذها فالقول قوله بيمينه.

وقوله: (بتا) و(علما) منصوبان على نزع الخافض أي: فيحلف على البت وعلى العلم أي: على نفيه لكن النصب على نزع الخافض سماعي لا قياسي.

وقوله: (كغيره) تشبيه في الحلف على البت. وضمير (غيره) للصيرفي ولما فصل في غير الصيرفي وأطلق في الصيرفي دل ذلك على أن الصيرفي يحلف بتًا مطلقًا أي: في نقص العدد والوزن والغش.

● ص:

واعتمد البات على ظن قوي كخط أبيه أو قرينة.

● ش:

هذا راجع لجميع الباب، والمعنى: أنه يجوز للشخص الإقدام على الحلف بتًا معتمدا في ذلك على ظن قوي كخط أبيه أي: أبي الحالف أو خط أخيه أو خطه هو بأن له على فلان كذا أو معتمد على قرينة دلت عرفا على الحق سواء كان القرينة منه؛ كقيام شاهد يشهد له بدين أبيه غلب على الظن صدقه أو خصمه كنكوله عن الحلف أو سؤاله الصلح على بعض المدعي به.

ولا تعارض بين هذا وبين ما مر في باب الأيمان من الحلف مع الشك أو الظن

غموس؛ لأن معناه هناك مطلق ظن وهذا ظن قوي أو أن الغموس متبرع بها وهذه يجبر عليها. وقد أشار «الش» لذلك بقوله: والغموس إن لم يقو الظن أي: أنه لا يقال في هذه اليمين التي اعتمد فيها على غلبة الظن: غموس؛ لأن الغموس إذا لم يقو الظن وهذه اليمين قوي فيها الظن.

وقوله: (واعتمد البات) أي: استند في جميع الأيمان على الظن القوي أي: جاز له الإقدام على اليمين بتًا مستندا على ظن قوي كخطه أو خط أبيه أو قرينة منه أو من الخصم.

• ص:

ويمين المطلوب ما له عندي كذا ولا شيء منه.

• ش:

يعني: أن صفة يمين المطلوب وهو المدعى عليه أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو ماله عندي كذا، ولا شيء منه. ولا بد من هذه الزيادة؛ لأن المدعي بالمائة مثلا مدع بكل أحادها وحق اليمين نفي كل مدعي به كما تعدد في المعقول من أن إثبات الكل إثبات لكل أجزائه ونفي الكل ليس نفيا لكل أجزائه فإذا لم يزد ولا شيء منه وجب عليه أن يحلف على ما تركه وهو قوله: (ولا شيء منه) فيحلف أنه ليس له شيء مما ادعاه.

فإن قيل: لا يحتاج لزيادة: ولا شيء منه؛ لأن العبرة بنية المحلف وهو بنية كل جزء من المائة مثلا.

قلنا: بل يحتاج لها؛ لأن المدعي يحتمل بأن يكون ادعى بأكثر نسيانا، وكذا يقال فيما بعده: يحتمل نسيان السبب وذكره غيره. اهـ «خ» بتصرف.

تنبيهان:

الأول: قوله: ماله عندي كذا ولا شيء منه. الظاهر أن هذا ليس لازمًا وهو أن يأتي بما يدل على نفي الجزء بعد نفي الكل بل المراد أن يأتي بما يريه مما ادعى به عليه، كما لو قال: ما له عندي شيء من العشرة أو من المائة أو ليس له في ذمتي شيء. أفاده «خ».

الثاني: ذكر «المص» يمين المطلوب ولم يذكر يمين الطالب الذي لا إله إلا هو

إذا أقام شاهدا أو إذا رُدَّت عليه اليمين من المطلوب وصفتها أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو أن لي عنده أو بذمته كذا أو لقد فعل بي كذا كقتل عبدي أو دابتي، ونحو ذلك.

● ص:

ونفي السبب المعين وغيره.

● ش:

يعني: إذا عين المدعي سببا للحق المدعى به كعشرة من بيع أو سلف فإن الحالف ينفي السبب المعين وينفي غيره أيضًا نحو: ما له علىَّ عشرة ولا شيء منها لا من سلف ولا غيره أو لا من بيع ولا غيره.

قال «الش» تشديدا: وهو تعليل للأمرين قبله؛ أعني: زيادة ولا شيء منه فيما سبق ونفي غير المعين هنا أي: وإنما أراد ولا شيء منه تشديدا عليه وإنما بقي غير المعين تشديدا عليه؛ لأن اليمين على نية المحلف ونيته في الأول عموم السلب لا سلب العموم، أفاده «حش».

وقوله: (المعين) احترازًا مما إذا لم يعين له المدعي سببا فإنه يكفيه نفْي المدعي به نحو: ما له علىَّ مائة ولا شيء منها.

● ص:

ونفع المؤدي نية ليس عندي ما يجب رده.

● ش:

(المؤدي) مفعول (نفع) مقدم وهو بكسر الدال المشددة اسم فاعل أي: الذي أدى الدين الذي عليه لربه.

و(نية) فاعل (نفع) مؤخر.

يعني: أن من تسلف من رجل مالا أو ابتاع منه سلعة بثمن مؤجل ثم قضاه له بلا بينة فقام صاحب المال وطلب المدين بالدين فأنكره فطلب أن يحلف فإنه يحلف ما تسلف منه مالا أو ما ابتاع منه كذا وينفعه في البراءه والخلوص من الإثم إن ينوي بقلبه ليس لك عندي ما يجب رده الآن؛ لأن ما كان عليه قد قضاه.

قال «الش»: وقد أجيز ذلك باعتبار حال المعسر الحقيقي يخاف الحبس كما في

«عج» أي: فيجوز ذلك هنا بالأولى؛ لأن ذمته ليست مشغولة بشيء البتة؛ لأنه أداه دينه والمعسر الحقيقي هو من ليس عنده ما يباع على المفلس فالمدين الذي ليس عنده ما يباع على المفلس إذا خاف أن يحبسه رب الدين إذا أقر له به يجوز له أن يجحد الدين ظاهرا ويحلف أنه ليس له عنده وينوي بقلبه يجب عليه رده الآن؛ لأنه في ذلك الوقت لا يجب عليه شيء لوجوب إنظار المعسر وإنما ينفع ذلك حيث لا بينة لرب الدين كما هو ظاهر.

وبعبارة: ينفع مؤدي الدين لربه نية ليس عندي شيء يجب رده ولا يقال: هذه النية لا تنفعه؛ لأن اليمين على نية المحلف لأنا نقول هي هنا ليست على نية المحلف؛ لأنها ليست في وثيقة حق باعتبار ما في نفس الأمر. أفاده «خ» وغيره.

● ص:

وإن قال: هو وقف نوزع الناظر.

● ش:

يعني: أن من ادعي عليه بشيء معين بيده كعقار أو حيوان فقال: هو وقف أي: أنها تسقط منازعة المطلوب وتصير المنازعة بين الطالب وناظر الوقف فمن استحقه شرعا قضي له به.

● ص:

أو لفلان وإن ولده فإن حضر نوزع فإن حلف، حلف المقر وإلا حلف المدعي وغرمه وإن نكل أخذه المدعي إن حلف.

● ش:

قوله: (أو لفلان) عطف على (وقف) أي: وإن قال: هو وقف نوزع الناظر وإن قال: هو لفلان ملكا وإن كان فلان ولده فإن حضر توزع... إلخ.

وقوله: (وإلا) مفهوم (حلف المقر).

وقوله: (وإن نكل) مقابل قوله: (فإن حلف) أي: وإن نكل المقر له أخذه المدعي إن حلف.

والمعنى: أن المدعى عليه بشيء معين بيده من غفار أو غيره إذا قال للمدعي: إن هذا الشيء الذي تدعيه لفلان ولو كان فلان ولده الرشيد أو من في ولاية لسفه هو

أيضًا ففي ذلك تفصيل؛ لأن المقر له أما أن يكون حاضرا أو غائبا فإن كان غائبا فسيأتي وإن كان حاضرا توزع فإن كذب المقر رجعت الدعوى على المقر وإن قال: نعم هو لي فإما أن يحلف أو لا فإن حلف أنه له حلف المقر أن إقراره حق وبرئ وتم المدعي به للمقر له، فإن لم يحلف المقر حلف المدعي وغرم المقر ما فوته عليه من قيمة المقوم ومثل المثلي هذا كله إذا حلف المقر له فإن نكل المقر له عن اليمين فإن ادعى يأخذ المدعي به إن حلف فإن نكل فلا شيء له على المقر له وليس له حينئذ تحليف المقر كما قال ابن عبد السلام.

ثم ذكر قسم قوله: (فإن حضر) بقوله:

● ص:

وإن غاب بعيداً لزم المقر يمينا أو بينة فيأخذه المقر له وإلا بقي مع المدعي حتى يأتي المقر له.

● ش:

قوله: (وإلا بقي مع المدعي) مفهوم قوله: (لزم المقر يمينا أو بينة) أي: وإلا يأتي المقر بيمين أو بينة ففي المقر به مع المدعي حوزا.

والمعنى: أن المقر إذا كان غائبا غيبته بعيدة لا يعذر له فيها فإنه يلزم المقر بأحد أمرين: إما يمين أن إقراره للغائب حق؛ لاتهامه على أنه أراد إبطال الخصومة عن نفسه، وإما بينة لتشهد ولو على الإيداع من المقر له للمقر وحينئذ يبقى المقر به بيد المقر لحضور المقر له فإذا قدم المقر له أخذه بيمين ويصير الخصام معه فلا يأخذه إلا بيمين على ما سبق وإنما انتقل الخصام معه إذا قدم؛ لأن المدعي لم يبطل حقه بيمين المقر أو ببينة، فإن لم يأتِ المقر بيمين أو بينة ينفي المقر به مع المدعي حوزا بلا يمين حتى يأتي المقر له فإذا حضر المقر له فإن صدق المقر أخذه بيمين وإن كذبه سقط حقه وكان المقر به للمدعي وقيل: لبيت المال بأن نكل عن اليمين ولم يقم بينة تشهد بأن المقر به ملك للمقر له فإن يبقى؛ لأنه كمال لا مالك له، وقيل: يبقى بيد حائزه.

ومفهوم (غاب بعيد): أن المقر له إذا كان قريب الغيبة فإنه يرسل إليه إما أن يخطر وإما أن يوكل ولا بد يخاصم عنه المقر.

تنبيه:

إذا حَلَّف المدعي المدعى عليه ولا بينة حاضرة بالبلد أو غائبة غيبته قريبة ونحوها ذهابا وإيابا ولم يقمها وهو عالم بها ثم أراد إقامتها بعد ذلك فلا تسمع بينته وسقط حقه؛ لأنه ما حلف خصمه إلا على إسقاطها وإن لم يصرح بذلك وأما إن لم يعلمها فله القيام بها كأن زادت المسافة على الجمعة والقول له في نفي علمه بيمينه.

وكذا نسيانها ذكر ذلك الأصل وشراحه ولم يذكره «المص» اتكالا على ما سبق.

● **ص:**

وتوجهت اليمين في الأموال وإن بتهمة وإنما ترد على المحقق.

● **ش:**

قوله: (وإن بتهمة) مبالغة في توجه اليمين على المدعى عليه والباء فيه للسببيه أي: أنها تتوجه اليمين في الأموال وإن بسبب تهمة من المدعي للمدعى عليه فالأولى تتوجه عليه بسبب دعوى التحقيق.

يعني: أن اليمين تتوجه من المدعي على المدعى عليه في الأموال وما يئول إليها كأجل وخيار سواء كانت دعوى تحقيق أو اتهام لكن لا ترد اليمين في المدعى عليه على المدعي إلا إذا كان المدعي محققا للدعوى أما المتهم فلا ترد عليه اليمين بل يغرم للمدعي عليه الحق المدعى به بمجرد النكول؛ لأن اليمين التهمة لا ترد.

وبعبارة: إذا نكل من توجهت عليه اليمين في مال وما يئول إليه فإن الطالب يستحق حقه بالنكول مع يمينه لا بمجرد النكول، فإن لم يحلف سقط حقه وهذا إن حقق الطالب الدعوى أما إذا كانت دعوى اتهام فلا ترد اليمين على الطالب بل يغرم المطلوب بمجرد نكوله؛ لأن دعوى الاتهام لا ترد على المدعي.

● **ص:**

ولا يمكن منها ثانيا ناكل وبين ذلك الحاكم.

● **ش:**

يعني: أن من توجهت عليه اليمين من مدع أو من مدعى عليه فنكل عنها بأن قال: لا أحلف أو قال لخصمه: احلف أنت وخذ ما تدعيه فإن الناكل لا يُمَكَّن من اليمين ثانيا إن قال: أنا أحلف؛ لأن نكوله دليل على صدق خصمه وبين له الحاكم

ذلك بأن يقول له: إن نكلت عن اليمين فلا تمكن منها ثانيا وإن الحق ينتقل للخصم بنكوله فاسم الإشارة في قوله: (وبين ذلك) عائد على قوله: (ولا يمكن منها) ناكل وضمير (منها) لليمين.

وبعبارة: يجب على الحاكم أن يبين للمدعي والمدعى عليه حكم النكول أي: ما يترتب عليه في دعوى التحقيق والتهمة بأن يقول للمدعي حيث ردت عليه اليمين في دعوى التحقيق: إن نكلت عن اليمين فلا تمكن منها ثانيا، ويقول للمدعى عليه في التحقيق: إن نكلت حلف المدعي واستحق ما ادعاه وفي الاتهام إن نكلت استحق المدعي ما ادعاه عليك بمجرد نكولك وهذا البيان شرط في صحة الحكم كالإعذار في محله للمدعى عليه.

● ص:

وله ردها بعد التزامها.

● ش:

يعني: أن من التزم اليمين ابتداء بأن قال: احلف سواء كان مدعيا معه شاهدا ومدعى عليه ثم رجع عنها وأراد أن يقيم شاهدًا ثانيا ولا يحلف فإن له أن يردها على خصمه بعد التزامها ويأتي بشاهده الثاني ولا يحلف ولا يكون رجوعه عن اليمين بعد التزامها موجبا لعدم ردها على خصمه.

وبعبارة: إذا التزم المدعي اليمين مع شاهده أو التزمها المدعى عليه حين توجهها عليه بأن قال: أنا أحلف ثم أراد الرجوع عنها وردها عليه خصمه فله ذلك ولا يكون التزامه لها موجبا لعدم رجوعه.

● ص:

وليس سكوته بلا قرينة امتناعا.

● ش:

يعني: أن من توجهت عليه اليمين من مدع أو مدعى عليه فسكت زمنا بلا قرينة تدل على النكول فإن سكوته بلا قرينة لا يعد امتناعا ونكولا عن الحلف فله الحلف بعد السكوت فإن ظهرت قرينة تدل على النكول عُدَّ ناكلا فلا يمكن من الحلف فالضمير في (سكوته) لمن توجهت عليه اليمين فيعمل المدعي والمدعى عليه ومن

ردت عليه وغيره.

ثم انتقل يتكلم على مسألة الحيازة في العقار وغيره وألحقها بالشهادات؛ لأن في بعض أنواعها ما تسمع فيه البينة في بعضها ما لا تسمع فيه والحائز إما أجنبي غير شريك وأما أجنبي شريك وأما قريب شريك أو غير شريك جهرا أو غيره فقال:

● ص:

ولا تقبل بينة بعد الحوز.

● ش:

يعني: أنه إذا مضى زمن الحوز وهو وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه ثم ادعاه شخص ليأخذه من الحائز ببينة أو وثائق فإنها لا تقبل منه بينة ولا تقيد دعوى ولا وثائق بعد مضي زمن الحوز الآتي بيانه وستأتي شروط المسألة.

وقولنا: ولا تقيد دعوى من كلام «الش» وهو لا ينافي أنها تسمع لتضبط ويعلم الحال الواقع بينهما ليبني عليه الحكم وكان من عبر بلا تسمع دعوى أراد بالسماع القبول على حد: سمع الله لمن حمده. وظاهر أن ردها فرع عن سماعها وتصورها ومعرفة ما ترد به. أفاده «حش».

● ص:

إلا بكالإسكان أو الوقف.

● ش:

هذا استثناء من قوله: (ولا تقبل بينة... إلخ).

يعني: أنها لا تقبل بينة بعد الحوز إلا أن تشهد بالإسكان من المدعي للحائز أو بالإمتاع أو الأعمال أو الإرفاق أو المساقاة أو المزارعة أو نحو ذلك فإن الحوز لا يفيته على صاحبه وتقبل منه البينة؛ لأن الحيازة لا تفيد إلا إذا جهلت كيفية دخول الحائز فإن أقر الحائز بالإسكان ونحوه كان إقراره كالبينة بل أولى منها كما يفيده «دك».

ثم إن محل قبول بينة الإسكان والإمتاع ونحو ذلك ما لم يحصل بحضرة المدعي ما لا يحصل إلا من المالك في ملكه ولم ينازعه في ذلك كالبيع والوطء للأمة والهبة والصدقة فإن حصل منه ذلك فلا تسمع بينة المدعي بالإسكان ونحوه.

وقوله: (أو الوقف) عطف على الإسكان أي: أنها لا تقبل البينة بعد الحوز إلا أن تشهد بوقف الشيء المحاز فإنها تقبل ولو طال زمن الحوز؛ لأنه لا حيازة في الوقف لحق الله تعالى.

تنبيه:

المدعي ما لم يكن الحائز مشهور بالعداء والغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه كما في النقل عن ابن القاسم وسيأتي لـ«الش» ما يفيده.

ثم أشار إلى بيان زمن الحوز وهو يختلف باختلاف الحائز من أجنبي شريك أو غير شريك أو قريب مطلقًا وباختلاف من حيوان أو غفار أو غير ذلك كما ستعرفه فقال:

● **ص:**

وهو من أجنبي ليس شريكا عشر سنين يتصرف كالمالك والآخر ساكت بلا عذر.

● **ش:**

قوله: (وهو) أي: زمن الحوز.

يعني: أن زمن الحوز من أجنبي ليس شريكا للمدعي عشر سنين فمن حاز شيئًا عشر سنين وتصرف فيه كتصرف المالك في ملكه والآخر وهو المدعي حاضر ساكت بلا عذر فإنه يكون للحائز ولا تسمع بينة المدعي ولا وثائقه بعد العشر لتكذيب العرف له؛ لأن سكوته تلك المدة دليل على حذف الحائز لجري العادة أن الإنسان لا يسكت عن ملكه تلك المدة ولقوله ﷺ: «من حاز شيئًا عشر سنين فهو له».

قال ابن سحنون: لما أمر الله تعالى نبيه بالقتال بعد عشر سنين علم أنها غاية الإعذار. اهـ.

والحيازة كالبينة القاطعة فلا يحتاج معها ليمين من الحائز كما في المدونة والعشر سنين إنما هي شرط في حيازة العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر وأما غيره فلا يشترط فيه هذا الطول كما سيأتي لـ«المص» فتحصل أن الحيازة إنما تفيد بشروط:

الأول: طول الزمان وهو يختلف باختلاف الحائز والمحاز كما مر وهو في

الأجنبي غير الشريك عشر سنين في حيازة العقار.

الثاني: أن يتصرف الحائز كالمالك بالهدم والبناء لغير إصلاح والحرث والزرع والفرس والسكنى والإسكان والاستغلال والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير والبيع والإيجار والوطء في الرقيق وقطع الشجر وغير ذلك مما لا يقع عرفا إلا من مالك فكل واحد من هذه الأمور كان في التصرف ولا يشترط أن يكون التصرف بكالهدم والبناء في جميع مدة الحيازة بل يكفي حصوله في جزء منها كما أن البيع والهبة والوطء والكتابة ونحو ذلك لا يشترط فيه هذا الطول المذكور إذا علم المدعي ولم ينكر وهذا الشرط أشار له «المص» بقوله: (يتصرف كالمالك) أي: يتصرف الحائز في الشيء المحاز كتصرف المالك فعلم من ذلك أنه لا حيازة على دين في الذمة لعدم التصرف فيه فلا يسقط بالسكوت بلا عذر مع طول المدة وسواء كان بوثيقة أم لا وظاهر أن هذا غير دعوى القضاء. أما إن ادعى المطلوب القضاء فإن كان بوثيقة فالقول للطالب وإن لم يكن بوثيقة فالقول للمطلوب بيمينه إذا مضى طول لا يؤخر معه عرفا ولا مانع من الطلب.

وعن مالك الطول ثلاثون سنة وقال مطرف: عشرون. أفاده «حش».

وقال «دك»: وأما الديون الثابتة في الذمم فقيل يسقطها مضي عشرين عاما وهو قول مطرف. وقيل: مضي ثلاثين. وقيل: لا تسقط أصلًا وقيل: غير ذلك إلا أن القول بأنه يسقطها السنتان بعيد جدا وقد مر أن الأظهر في ذلك الاجتهاد بالنظر في حال الزمن وحال الناس وحال الدين فنحو عشر سنين أو أقل بالنسبة لبعض الناس تقتضي الإغضاء والترك ونحو الخمسة عشر قد لا تقتضي ذلك. اهـ.

الشرط الثالث: أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحاز ولو مرة وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا تنفعه، قاله ابن مرزوق، وإلى هذا أشار «الش» بقوله: ولا بد أن يدعي الحائز الملكية كما قال ابن رشد وغيره: الحيازة لا تنقل ملكا وإنما تدل عليه وتقويه. اهـ.

وهل يلزم الحائز بيان سبب الملكية والحلف عليها ولا يضره قوله للمدعي: اشتريت منك ولا يكون إقرارا لتقديم شهادة العرف على إقراره أو لا يلزمه من ذلك خلاف. أشار إليه بقوله: وفي لزوم بيان سبب الملكية والحلف خلاف وعلى الأول

فهو شرط رابع.

والخامس: وهو أن يكون الآخر وهو المدعي حاضرا بالبلد ولو حاكما لكن على مسافة يومين فإن بعدت كمن على جمعة فله القيام متى قدم مطلقًا كالأربعة وثبت عذره عن القدوم والتوكيل فإن جهل أمره فكذلك عند ابن القاسم.

وقال ابن حبيب: يسقط حقه فاختلافهما في القرينة كالأربعة مع جهل الحال قاله «دك» وسيأتي ذلك «الش»، وهذا الشرط يفيده قول «المص»: (بلا عذر)؛ لأن الغيبة من العذر ويمكن أخذه في قوله: (ساكت)؛ لأنه لا يقال ساكت إلا للحاضر.

السادس: أن يسكت الآخر هذه المدة وهو عالم بأن الشيء المحاز ملكه فإن نازع في هذه المدة أو جهل كون الشيء المحاز ملكه لم يسقط حقه وهل ينتفي السكوت بمجرد النزاع أو لا بد من الرفع إلى الحاكم في ذلك خلاف كما قال «الش».

السابع: أن يكون السكوت بلا عذر مانع من التكلم كإكراه أو خوف فلا حيازة لمن عرف بالتعدي كما في «بن». وقيل: له الحيازة بشرط بيان سبب الملك وكجهل الملك فإنه من العذر المانع من التكلم وأما جهل مستند الملك كبينة أو وثيقة فليس من العذر فلا يعذر به المدعي على ما في «بن» ردًا على «عب» وفي «عج» فيه خلاف كالخلاف في حد حرة بيعت ولم تجد واطئها بأنها حرة فقيل يحدها ولا تعذر بعدم البينة التي تشهد لها بالحرية؛ لأنه قد ينكف عن وطئها بلا نزاع إذا علم بأنها حرة وقيل بعدمه أي: عدم حدها؛ لأنه يقهرها بالرق ولا تصدق بقولها وهل يحمل المدعي على العلم أي: علم الملك أو على الجهل خلاف والمدعي الحاضر محمول على علم التصرف فلا تفيده دعوى جهل التصرف من الجائز ومن العذر بعد الغيبة كسبعة أيام ولكن يستحب له الإشهاد أنه على حقه إذا بلغه حيازة الأجنبي لمتاعه وفي حمله على العذر مع قربها لغيبته كأربعة أيام أو على عدم العذر خلاف وهذا إذا أشكل الأمر فإن ثبتنا عذر أو عدمه عمل به بلا خلاف هذا توضيح عبارة «الش» ومن العذر الصغر والسفه، كما في «دك».

تنبيه:

تلفق مدة العشر سنين من حيازة الوارث ومورثه، وكذا مورد مورثه. أفاده «خ».

ولما ذكر النوع الأول وهو حيازة الأجنبي غير الشريك شرع في النوع الثاني وهو حيازة الأجنبي الشريك فقال:

● ص:

وإن كان شريكا فبشرط هدم ما لا يخاف سقوطه أو بنائه.

● ش:

اسم كان ضمير يعود على الأجنبي الحائز والمراد بالشريك الشريك في المتنازع فيه لا مطلقًا.

وقوله: (فبشرط هدم... إلخ) الفاء فيه داخلة على محذوف هو جواب الشرط.

و(بشرط) جار ومجرور متعلق بذلك المحذوف وهو مضاف و(هدم) مضاف إليه.

وقوله: (أو بنائه) عطف على هدم والضمير فيه عائد على ما (لا يخاف سقوطه) أي: وإن كان الأجنبي الحائز شريكا للمدعي فتعتبر حيازته هذه المدة بشرط هدمه ما لا يخاف سقوطه أو بشرط بنائه ما لا يخاف سقوطه.

يعني: أن الأجنبي الحائز إذا كان شريكا للمدعي فإنه يشترط في نفع حيازته أن يتصرف في مدة الحيازة بهدم ما لا يخاف سقوطه أو بنائه وشريكه حاضر عالم ساكت بلا عذر فأحد الأمرين في الهدم والبناء كاف خلافًا لما يوهمه تعبير الأصل بالواو حيث أن هدم وبنى.

واحترز بقوله: (ما لا يخاف سقوطه) مما إذا هدم أو بنى ما يخشى سقوطه فإنه لا يمنع قيام شريكه ومثل الهدم والبناء قطع الشجر أو غرسه فإن الحائز يملكه بذلك ولا تسمع دعوى المدعي ولا بينته وهذا كله في الفعل الكثير عرفا.

وأما هدم شيئا يسير أو بنائه مما لا بد منه عادة كغرف أو غرس أو قطع شجرة ونحوها فإنه لا يعتبر فلا يمنع قيام شريكه.

وبعبارة: إذا حاز الشريك الأجنبي شيئًا عن صاحبه عشر سنين وتصرف فيه بالهدم أو البناء أو قطع الشجر أو غرسه وصاحبه حاضر ساكت طول المدة المذكورة بلا عذر مانع له من القيام فإن الشريك الحائز يملكه بذلك ولا تسمع دعوى صاحبه ولا بينته بعد ذلك وهذا إذا هدم أو بنى ما لا يخاف سقوطه وأما إذا

هدم أو بنى ما يخاف سقوطه فإن ذلك لا ينقل الملك.

ثم أشار للنوع الثالث وهو حيازة الأقارب فقال:

● ص:

وحيازة الأقارب في العقار فوق الأربعين.

● ش:

يعني: أن مدة الحيازة في العقار بين الأقارب ولو غير شركا ما زاد على أربعين سنة ولو مع الهدم والبناء على الراجح فأقل من ذلك لا يكفي ولو مع الهدم والبناء وقيل يكفي معهما العشر سنين.

وكلام «المص» في الأقارب الذين لا عداوة بينهم فإن كان بينهم عداوة فالأجانب تكون الحيازة بينهم عشرة أعوام.

وبعبارة: حيازة الأقارب شركا أو لا مع الهدم والبناء أو ما يقوم مقامها فوق الأربعين عاما على الراجح وقيل: عشرة أعوام.

والمراد بالأقارب: غير الأب وابنه بدليل ما يأتي واحترز بالعقار عن غيره فإن الحيازة فيه بينهم فوق العشر كما يأتي.

● ص:

كالموالي والأصهار على الأظهر.

● ش:

تشبيه بالأقارب في أمر الحيازة بينهم.

يعني: أن مدة الحيازة بين الموالي والأصهار الذين لا قرابة بينهم كحيازة الأقارب على الأظهر من الأقوال الثلاثة فلا بد في الحيازة بينهم مع الهدم والبناء ونحوها من الزيادة على أربعين عاما.

وقيل: أنهم كالأجانب غير الشرك فتكفي فيهم العشرة ولو لم يكن هدم ولا بناء.

وقيل: لا تكفي فيهم العشرة إلا مع الهدم والبناء.

وأما الموالي والأصهار الذين بينهم القرابة فهم داخلون في الأقارب السابق ذكرهم فيجري فيهم ما جرى في الأقارب الذين ليسوا بموالي ولا أصهار والمراد بالموالي: ما يعم الموالي الأعلى والأسفل.

● ص:

وفي غيره فوق العشر.

● ش:

قوله: (وفي غيره) جار ومجرور عطف على الجار والمجرور السابق وهو قوله: (في العقار) وضمير (غيره) للعقار.

يعني: أن حيازة الأقارب في غير العقار كالدواب والعبيد والعروض التي تطول مدتها كالنحاس والبسط ونحوهما مما يستعمل فوق العشر سنين فقد افترق العقار من غيره في القريب كما افترقا في الأجنبي وتعقب الحصر في قول الأصل: وإنما تفرق الدار من غيرها في الأجنبي.

وقولنا: التي تطول مدتها احترازًا منها لا تطول مدته كالثياب تلبس فينبغي أقل من ذلك بالاجتهاد وهذا في غير العتق والهبة والصدقة ونحوها فإنه لا فرق فيها بين الأجنبي والقريب.

وبعبارة: الراجح وفي حيازة العقار بين الأقارب أنها فوق الأربعين عاما ولا يشترط هدم ولا بناء ومثلهما الإجارة والإسكان وقطع الشجر وغرسه حيث كثر، فإن لم يحصل في ذلك شيء فلا بد في الحيازة من زمن تهلك فيه البينات وينقطع فيه العلم.

وأما غير العقار من الدواب والعبيد والعروض التي تطول مدتها كالنحاس والبسط تستعمل فيكفي فيه العشر سنين، بخلاف ما لا تطول مدتها كالثياب تلبس فينبغي أقل من ذلك بالاجتهاد وهذا في غير العتق والهبة والصدقة ونحوها فإنه لا فرق فيها بين الأجنبي والقريب أفاده «دك».

● ص:

وبين الأب وابنه ما تهلك فيه البينات وينقطع العلم.

● ش:

قوله: (الأب) أي: وإن علا كما في «عب» و(ما) واقعة على زمن أعني من فتهلك فيه البينات بحسب الغالب عرفا.

يعني: أن الحيازة بين الأب وابنه مضى زمن تهلك فيه البينات عادة وينقطع فيه

العلم بحقيقة الحال كالستين سنة فأكثر والحائز يهدم ويبني والآخر حاضر عالم ساكت بلا عذر طول المدة فليس له بعد ذلك كلام وأما أقل من هذه المدة فلا حيازة فيه بينهما إلا إذا حصل من الحائز منهما مفوت للذات كهبة وصدقة وبيع ونحو ذلك، بخلاف الهدم والبناء والسكنى والازدراع والاستقلال ونحو ذلك فلا حيازة بها بين الأب وابنه.

ولما قدم حيازة الأجنبي في العقار شرع في ذكر حيازته في غير العقار كما فعل ذلك في الغريب فقال:

● ص:

والأجنبي في الدابة وأمة الخدمة سنتان وزيد في حيوان غيرهما وعرض على ثلاث سنين بالاجتهاد.

● ش:

قوله: (غيرهما) أي: غير الدابة وأمة الخدمة (وعرض) عطف على (حيوان) و (على ثلاث) متعلق بـ(زيد)، وكذا قوله: (بالاجتهاد) متعلق بـ(زيد) أي: وزيد على ثلاث سنين بالاجتهاد في حيوان غير الدابة وأمة الخدمة وفي عرض.

يعني: أن حيازة الأجنبي في الدابة وأمة الخدمة سنتان فإذا ركب الأجنبي الدابة أو استخدام الأمة سنتين والمدعي حاضر ساكت بالعذر فلا قيام له بعدهما ولا تسمع له بينة.

وأما حيازة الأجنبي في حيوان غير الدابة وأمة الخدمة كالعبد والبقر والغنم وفي عرض غير ثوب كأواني النحاس وأثاث البيت والآت الزرع فمدتها ثلاث سنين ويزاد على الثلاث باجتهاد الحكم.

قال «دك»: وأما ثوب اللبس فيكفي فيه العام.

وقال «خ»: ويستثنى من العرض ثوب اللبس فإن السنة فيه فوت.

وثوب اللبس تغيبه سنة وأصل الباب غلبة الظن وأما أمة الوطء توطء بالفعل فتفوت بحصوله عالما ساكتا بلا عذر كما هو الموضوع في جميع المسائل، وكذا البيع والهبة والصدقة إلا أن البيع يجري على بيع الفضولي المشار له بقوله:

● ص:

ومن تصرف بكبيع بحضرة المالك الساكت مضى وله الثمن في البيع لم تمض سنة والغائب له الرد ما لم تمض سنة فالثمن ما لم يطل.

● ش:

يعني: أنه إذا تصرف غير المالك بعيدا كان أو قريبا ابنا أو غيره شريكا أو لا، ببيع ونحوه كهبة أو صدقة أو كتابة أو عتق أو وطء وكان تصرفه بحضرة المالك الساكت بلا عذر فإنه يمضي تصرفه ولو لم يطل؛ لأنه عنده الأمور لا يشترط فيها طول زمن على المعول عليه وللمالك الثمن في البيع ما لم تمض سنة من يوم البيع وإلا فلا ثمن له أيضًا.

هذا إذا كان المالك حاضرا كما ذكرنا وأما كان غائبا فله الرد بعد حضوره وعلمه ما لم تمض سنة من البيع فإن مضت له سنة فليس له إلا الثمن ما لم يطل بالحوز للثمن بحسبه فإن طال سقط حقه منه أيضًا.

قال ابن رشد: وتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير والوطء ولو بين الأب وابنه ولو قصرت المدة إلا أنه إن حضر مجلس البيع فسكت لزمه البيع وكان له الثمن وإن سكت بعد البيع العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم فله أخذ حقه.

وإن سكت العام لم يكن له إلا الثمن وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز وإن حضر مجلس الهبة والعتق فسكت لم يكن له شيء.

وإن لم يحضر ثم علم فإن قام حينئذ كان له حقه وإن قام بعد العام فلا شيء واختلف في الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق؟ قولان، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

انتهى بعون الله وفضله الجزء التاسع، ويليه إن شاء الله تعالى الجزء العاشر

وأوله: «باب في أحكام الدماء والقصاص»

❊ ❊ ❊

فهرس موضوعات الجزء التاسع

الموضوع	الصفحة
باب في الإجارة وكراء الدواب والحمام والدور والأرض وما يتعلق بذلك	٥
وصل في كراء الحمام والدار والعبيد والأرض واختلاف المتكارين	١٠٩
باب في أحكام الجعل	١٤٦
باب في إحياء الموات	١٥٨
باب في أحكام الوقف	١٨٧
باب في الهبة والصدقة والعمرىٰ وما يتعلق بذلك	٢٤٣
باب في أحكام اللقطة	٢٨٦
باب في بيان أحكام القضاء وشروطه	٣١٧
باب في الشهادات وما يتعلق بها	٣٩٢

***